FELDPOST-BRIEFE

der Juristischen Fakultät
der Universität Berlin

RUNDBRIEF Nr. 15

Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Berlin
– Fernbetreuung –
Professor Dr. Siebert

Zuschriften an:
Institut für Arbeitsrecht
– Fernbetreuung –
Berlin W 8, Behrenstr. 41

Lieber Kamerad!

Unser Rundbrief enthält diesmal keine Fälle und kurzen Aufsätze, sondern ausschließlich einen größeren Beitrag. Die bisherige Form wird mit dem nächsten Rundbrief fortgesetzt werden, der die Lösung des im 14. Brief gegebenen Bauernrechtsfalles sowie voraussichtlich einen Aufsatz über Ehescheidung bringen wird.

Diesem Rundbrief liegen bei: der Prager Feldpostbrief Nr. 13 und das Sonderheft 3.

Wenn zu dem Inhalt des folgenden Aufsatzes noch Fragen bestehen, so bitten wir, uns diese mitzuteilen. Wir werden sie dann selbst beantworten oder, soweit das nicht möglich ist, an die zuständigen Stellen, z. B. das Reichsstudentenwerk (Beratungsdienst) oder das Reichs-Justizprüfungsamt, weiterleiten.

Es ist uns diesmal gelungen, dem Rundbrief eine etwas gefälligere Form zu geben. Wir werden uns bemühen, auch die künftigen Briefe möglichst in der gleichen Ausstattung herauszubringen.

Mit herzlichem Dank für zahlreiche persönliche Briefe, über die wir uns sehr gefreut haben, senden wir Ihnen wiederum beste Wünsche und Grüße.

Heil Hitler!

gez. Siebert.

Berlin, Mitte Oktober 1943.

Referendar nach vier Semestern?

Bemerkungen zur Abkürzung des rechtswissenschaftlichen Studiums für Kriegsteilnehmer und zu einigen allgemeinen Fragen der Kriegsteilnehmerausbildung an der Universität.

Von Professor Dr. Siebert.

In Nr. 31 der amtlichen Zeitschrift des Reichsjustizministeriums „Deutsche Justiz" vom 3. September 1943 ist auf S. 432 folgende Allgemeinverfügung des Reichsjustizministers (AV. d. RJM.) vom 18. 8. 1943 bekanntgegeben:

I.

„Studenten der Rechts- und Staatswissenschaften können nach einem Universitätsstudium von vier Semestern (im Zuge eines in Vorbereitung befindlichen Studienplanes nach vier Semestern und zwei Ferienkursen) zur ersten juristischen Staatsprüfung zugelassen werden, wenn sie über die gewöhnliche Dauer ihrer aktiven Wehrdienstpflicht hinaus durch Kriegswehrdienst einen Ausbildungsverlust von mindestens einem Jahre erlitten haben.

Kriegsversehrte erlangen diese Vergünstigung — und zwar ohne Rücksicht auf den Grad der Versehrtheit — auf ihren Antrag schon dann, wenn sie im Frieden oder im Kriege insgesamt zwei Jahre Wehrdienst geleistet haben.

II.

Die Prüfung besteht aus drei Aufsichtsarbeiten aus den Gebieten des Staats- oder Verwaltungsrechts, des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts, aus einer Hausarbeit mit Bearbeitungsfrist von zwei Wochen und aus der mündlichen Prüfung.

Der Präsident des Reichs-Justizprüfungsamts kann Ausnahmen bewilligen, wenn es besondere Umstände erfordern.

Der Vorsitzende und die Mitglieder des Prüfungsausschusses sollen selbst Frontkämpfer sein.

III.

Eine erstmalig nicht bestandene derartige Kriegsteilnehmerprüfung gilt als nicht unternommen. Der Kriegsteilnehmer kann sich daher noch ein zweites Mal und — falls er nicht bereits vor seiner Einberufung zum Wehrdienst einen Mißerfolg gehabt hat — auch noch ein drittes Mal zur Prüfung gleicher Art stellen. Zwischen dem Mißerfolg und der Zulassung zur Wiederholung der Prüfung muß der Kriegsteilnehmer ein weiteres Semester studieren."

Die vorstehende AV., deren Inhalt auch in der Presse veröffentlicht worden ist, möchte ich zum Anlaß nehmen, um zur Frage des Studiums der Kriegsteilnehmer einmal einen ausführlicheren Bericht zu geben. Ich nehme an, daß eine solche Erörterung auch für diejenigen interessant ist, die gegenwärtig noch nicht zum Studium kommen oder ihr Studium nicht fortsetzen können. Ich schließe das auch aus zahlreichen Äußerungen und Fragen aus Ihren Reihen. Im Hinblick darauf, daß von den — jetzt beinahe 2000! — Empfängern unserer Fernbetreuung über die Hälfte noch gar nicht studiert hat, möchte ich über die Verkürzung des Studiums hinaus einige allgemeinere Fragen zum Studium der Kriegsteilnehmer vortragen, obwohl davon den älteren Semestern vieles bekannt sein wird.

I. Prüfungsordnung und Studienordnung.

Ich beginne mit der Ordnung der Zuständigkeit für Ausbildung und Prüfung der Studenten der Rechtswissenschaft.

1. Manchem Leser wird aufgefallen sein, daß die hier zu besprechende AV. vom Reichsjustizminister erlassen worden ist. Das hängt damit zusammen, daß das Referendarexamen — in der Amtssprache: die erste juristische Staatsprüfung — nicht eine Universitätsprüfung ist, sondern daß die Justizverwaltung diese Prüfung veranstaltet. Die Begründung für diese — in Preußen seit über 100 Jahren bestehende — Zuständigkeit lag und liegt in folgender Erwägung: es soll im Referendarexamen geprüft werden, ob der Kandidat geeignet ist, in den Dienst der Justiz zu treten, jedenfalls zunächst einmal als Referendar. (Über den Regierungsreferendar vgl. unten II, 1.) Wenn aber der Reichsjustizminister Träger der Referendarprüfung ist, so kann er auch bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Student zu dieser Prüfung zugelassen werden kann. Der Reichsjustizminister kann also eine Prüfungsordnung erlassen und darin die Dauer des Studiums, die Art und Zahl der anzufertigenden Prüfungsarbeiten usw. regeln, ferner etwa die Frage, wieviele Zeugnisse über Teilnahme an Übungen vorgelegt werden müssen — alles unter dem Ge-

sichtspunkt der Bedingungen für die Zulassung zur Prüfung und für die Durchführung der Prüfung. Ergebnis also: die Referendarprüfung ist, zuständigkeitsmäßig gesehen, eine Justizprüfung.

Die Referendarprüfung wird durchgeführt von den Prüfungsämtern bei den Oberlandesgerichten; für jede Prüfung wird ein Prüfungsausschuß (eine Prüfungskommission) gebildet, der unter Vorsitz eines Justizpraktikers Professoren und Praktiker angehören. Das Reichs-Justizprüfungsamt beim Reichsjustizminister gibt allgemeine Richtlinien und stellt die schriftlichen Aufgaben.

2. Nun gibt es, wie den meisten bekannt ist, aber auch eine vom Reichswissenschaftsminister — Reichsminister für Erziehung, Wissenschaft und Volksbildung — erlassene Studienordnung. Diese regelt für Professoren und Studenten den Studiengang der Rechtswissenschaft, insbesondere die Vorlesungen und Übungen, die von den Fakultäten gehalten und von den Studenten belegt und gehört werden sollen. Den Inhalt der gegenwärtig geltenden Studienordnung von 1935 muß ich als bekannt voraussetzen[1]). Es werden darin vor allem die einzelnen Vorlesungen und Übungen aufgeführt, die ein Student der Rechtswissenschaft während seines sechssemestrigen Studienganges in den einzelnen Semestern hören soll. Die Studienordnung enthält also damit fachlich den Gesamtbereich der Rechtswissenschaft, den sie nach systematischen und pädagogischen Gesichtspunkten in einzelne Vorlesungen über die systematisch selbständigen Gebiete des Rechts aufgliedert und dabei zugleich auf die einzelnen Semester verteilt (Semesterplan). Damit soll nicht nur eine gleichmäßige Verteilung des Pensums, sondern auch ein planmäßiger Aufbau des Studienganges erreicht werden; beispielsweise soll verhütet werden, daß ein Student im ersten Semester Vorlesungen hört, die er erst in späteren Semestern voll verstehen kann.

Die Studienordnung ergibt also, was vom Standpunkt des Wissenschaftsministers und der Universitäten zu einem ordnungsgemäßen Studium gehört.

3. Damit ist wohl genügend deutlich gemacht, daß und weshalb die Studienordnung nicht zugleich die Prüfungsordnung für das Referendarexamen ist. Der Reichsjustizminister kann die Voraussetzungen und die Durchführung der Referendarprüfung selbständig, ohne Rücksicht auf die Studienordnung, regeln. Praktisch decken sich aber Prüfungsordnung und Studienordnung — glücklicherweise! — weitgehend: was

---

[1]) Ich verweise insbesondere auf die von uns im Rahmen der Fernbetreuung versandte Schrift „Soldat und Studium". Diese kann auf Anforderung noch verschickt werden.

nach der Studienordnung zu einem ordnungsgemäßen Studium gehört, wird im wesentlichen auch von der Prüfungsordnung als Voraussetzung für die Zulassung zur Prüfung verlangt. Nach einigen Richtungen hin bietet die Studienordnung mehr, als die Prüfungsordnung verlangt. Das hat zwei Gründe: Einmal sind die Anforderungen der Prüfungsordnung naturgemäß immer Mindestforderungen; es ist aber durchaus erwünscht, daß ein Student mehr hört. Sodann enthält die Studienordnung noch die für die Doktor-Prüfung notwendigen (oder erwünschten) Vorlesungen, besonders aus dem Bereich der Rechtsgeschichte; dazu noch einiges bei der Behandlung der Dr.-Prüfung (vgl. unten 4). Überhaupt können (und sollen) die Fakultäten mehr Vorlesungen halten (z. B. über Ausländisches Recht, Spezialgebiete usw.), als für die Prüfungen unbedingt erforderlich ist. Non scholae, sed vitae discimus!

Die notwendige enge sachliche Verbindung zwischen Studium und Prüfung wird weiter auch dadurch hergestellt, daß bei der einzelnen Prüfung regelmäßig zwei Hochschullehrer mitwirken sollen. Diese Anforderung an die Zusammensetzung der Prüfungskommission soll gerade bei der Prüfung der Kriegsteilnehmer künftig ausnahmslos durchgeführt werden. —

Uns Hochschullehrern scheint allerdings diese Zuständigkeitsgestaltung bei der Prüfung nicht glücklich zu sein. In den meisten außerpreußischen Ländern (Bayern, Sachsen, Hessen usw.) und in den Alpen- und Donau-Reichsgauen lag die erste juristische Staatsprüfung bis 1935 bzw. 1938 bei den Universitäten; dabei prüften oft nur Professoren (was sicherlich auch keine Ideallösung ist). Heute gilt allgemein das soeben geschilderte „preußische System", dessen geschichtliche Ursachen, so interessant sie sind, hier nicht geschildert werden können. Es ist jedenfalls kein übertriebenes Selbstbewußtsein und kein egoistisches Machtstreben, wenn wir Hochschullehrer in stärkerem Maße die Verantwortung dafür übernehmen wollen, daß die an der Universität ausgebildeten Studenten geeignet sind, als Referendare in den Staatsdienst zu treten. Wir meinen auch, daß eine Referendarprüfung, bei der Prüfer und Prüflinge sich vorher oft gar nicht kennen und bei der ferner der sachliche Zusammenhang mit dem Universitätsstudium nicht unbedingt sicher gewahrt ist, für den Studenten mancherlei Nachteile mit sich bringt. Zu verweisen wäre auch auf die Gestaltung der Prüfungen in den anderen Wissenschaftsfächern — Volkswirtschaft, Philologie, Medizin, Technik —, wo die Prüfung, bei manchen Verschiedenheiten im einzelnen, personell und sachlich ganz eng an die Universität und das Universitätsstudium angeschlossen ist.

Allen diesen Fragen kann ich jedoch hier nicht näher nachgehen; mir kam es nur darauf an, das Nebeneinander von Studienordnung und Prüfungsordnung zu erklären. Wenn also z. B. ein Kamerad fragt, ob ihm zwei 1936/37 in Lausanne verbrachte Semester für die Referendarprüfung ange-

rechnet werden können, oder ob — auf die vorstehende AV. bezogen — ihm wegen sehr starker Schreibbehinderung infolge seiner Verwundung bestimmte Erleichterungen bei den Examensklausuren bewilligt werden können, so entscheidet darüber der Präsident des Reichsjustizprüfungsamtes in Berlin bzw. in seinem Auftrage der Vorsitzende des jeweilig örtlich zuständigen Prüfungsamts am Oberlandesgericht und nicht der Dekan der betr. Fakultät.

4. Anders liegt es, das sei noch kurz erwähnt, bei der Doktor-Prüfung. Das Dr.-Examen ist eine reine Universitätsangelegenheit. Die Zulassungsvoraussetzungen werden nach Richtlinien des Wissenschaftsministeriums von den Fakultäten festgesetzt. Wenn es sich also darum handelt, daß die Lausanner Semester für das Dr.-Examen angerechnet werden möchten usw., so entscheidet der Dekan der Fakultät bzw. der Reichswissenschaftsminister. Daher hat auch die obenstehende AV. keine Bedeutung für das Dr.-Examen. (Oh, diese Zuständigkeiten! — höre ich im Geiste manchen Leser seufzen.)

Es ist sicherlich nicht beabsichtigt, die normalen Bedingungen für die Zulassung zum Dr.-Examen (insbesondere Studium von 6 Semestern, Dissertation, mündliche Prüfung) für Kriegsteilnehmer wesentlich zu erleichtern. Das hat seinen Grund in zwei Erwägungen. Einmal verliert das Dr.-Examen seinen wissenschaftlichen Wert, wenn man die Anforderungen zu sehr senkt. Das ist kulturpolitisch nicht tragbar: die deutsche Wissenschaft darf in ihrer Tiefe, ihren Leistungen und in ihren Anforderungen keinesfalls nachlassen! Sodann ist der Dr. iur. vielfach kein existenznotwendiges Examen; will man ihn gleichwohl erwerben, so muß man eben eine wirkliche wissenschaftliche Leistung erbringen.

Praktisches Ergebnis: wer als Kriegsteilnehmer das juristische Dr.-Examen machen will, wird mindestens 5 Semester voll studieren müssen; wahrscheinlich kann ihm dann vom Dekan gestattet werden, das 6. Semester nach dem Referendarexamen, notfalls als Gasthörer, zu belegen.

II. Justiz- und Verwaltungsausbildung.

1. Es ist bekannt, daß an der Prüfung der Juristen nicht nur der Justizminister interessiert ist. Vielmehr wandert nach der großen juristischen Staatsprüfung (dem Assessorexamen) ein nicht kleiner Teil der Juristen ab in andere Zweige der Staatsverwaltung (Finanz-, Verkehrsverwaltung, Auswärtiger Dienst usw.), in die Parteiverwaltung und, nicht zuletzt, in den großen Bereich, der gemeint ist, wenn jemand sagt, „ich gehe in die Wirtschaft". Vor allem aber ist bekanntlich die allgemeine und innere

Verwaltung neben der Justiz an den jungen Juristen interessiert; sie setzt sogar schon nach dem Referendarexamen ein mit der Ausbildung als Regierungsreferendar (und dann mit dem späteren Regierungsassessor-Examen). Der Innenminister kann nun ebenfalls von sich aus die Voraussetzungen bestimmen, unter denen er jemanden als Regierungsreferendar einstellen und ausbilden will. Er hat das z. B. insofern getan, als er vor einiger Zeit eine Anordnung herausgebracht hat, nach der auch Volkswirtschaftler auf Grund des Diplom-Examens, also auf Grund eines reinen Universitätsexamens, zu Regierungsreferendaren ernannt werden können. Im übrigen aber erkennt der Innenminister bisher die Justiz-Referendarprüfung auch als Grundlage der Ernennung zum Regierungsreferendar an; in fachlicher Hinsicht wird wohl nur noch eine besondere Aussprache mit dem Bewerber veranstaltet.

Nun ist aber sicher vielen von Ihnen bekannt, daß die Verwaltung in zunehmendem Maße gegen diesen Rechtszustand Bedenken erhoben hat. Sie hat vor allem schon für das Studium, also für die Studienordnung, eine stärkere Berücksichtigung der Sachbereiche der Verwaltung gefordert, beispielsweise Vorlesungen über Verwaltungslehre, Verwaltung und Technik, wichtige Einzelgebiete der Verwaltung (Polizei, Kommunalverwaltung) usw. Darüber ist in den letzten Jahren viel geschrieben und gesprochen worden. M. E. handelt es sich hierbei um ganz entscheidende Grundfragen unserer gegenwärtigen und künftigen Volksordnung, vor allem wohl um das Verhältnis von Recht, Justiz und Verwaltung und sodann um die grundsätzliche Aufgabe der Universitätsausbildung im Verhältnis zu der späteren Tätigkeit in der „Praxis", d. h. in den einzelnen Fachgebieten (Ressorts) des sog. Staatsdienstes und den sonstigen Aufgabenbereichen der Volksführung. Darüber kann ich hier allerdings unmöglich nähere Ausführungen machen. Je enger man den Begriff des „Rechts" faßt und je vollständiger man dann in diesem Sinne Recht und Justiz gleichsetzt, desto entschiedener wird man Justiz und Verwaltung wesensmäßig gegenüberstellen. In schroffster Form würde diese Gegenüberstellung dann etwa lauten: Justiz (Recht) mit den Aufgaben der Streitentscheidung (Zivilrecht) und der Sühne (Strafrecht), jedenfalls der Lösung von Konflikten — Verwaltung mit der Aufgabe der planenden Gestaltung. Dann müßte natürlich auch die Ausbildung für die Justiz- und die Verwaltungslaufbahn deutlich getrennt sein. Wir können aber wohl den Begriff und die Aufgabe des Rechts gar nicht tief und umfassend genug sehen. Je mehr wir dann Recht mit Gerechtigkeit gleichsetzen, die Rechtsordnung als (wesensmäßig richtig erkannte und entfaltete) Lebensordnung unseres Volkes sehen, desto sicherer kommen wir zu dem Ergebnis, daß Recht und Verwaltung keine einander gegenüberstehenden Sachgebiete sind, sondern daß das Recht die Grundlage für die Justiztätigkeit und, wenn auch mit gewissen Abwandlungen, für die verwaltende Tätigkeit ist.

Das würde dann zu der Forderung führen: Im Grundsätzlichen einheitliche Ausbildung für Justiz und Verwaltung, zugleich aber gegenüber der bisherigen Ausbildung, die zweifellos überwiegend als Justizausbildung gestaltet war, stärkere Berücksichtigung der Verwaltung.

Bei einem so schwierigen und tiefgreifenden Fragenbereich können diese Zeilen nur Andeutungen geben; daß hier manche Meinungsverschiedenheiten nicht nur möglich sind, sondern auch bestehen, ist nicht verwunderlich.

2. Doch nunmehr zurück zu unserem engeren Thema. Die obenstehende AV. ist also auch für die Ernennung zum Regierungsreferendar von Bedeutung, weil, solange und soweit der Innenminister die Justiz-Referendarprüfung auch als Eingangsprüfung für die Verwaltungslaufbahn anerkennt.

Es ist klar, daß der Innenminister desto eher geneigt sein wird, eine einheitliche Referendarprüfung auch für seinen Bereich, die Verwaltungslaufbahn, anzuerkennen, je stärker die Belange der Verwaltung in der Studienordnung und in der Prüfungsordnung berücksichtigt sind; andernfalls besteht durchaus die Möglichkeit, daß als Voraussetzung für die Zulassung zum höheren Verwaltungsdienst eine gegenüber den Anforderungen von Seiten der Justiz mehr oder weniger selbständige Ausbildung und Prüfung verlangt wird.

Hält man für die Justiz- und die Verwaltungslaufbahn eine einheitliche Universitätsausbildung für erwünscht, so bedarf es also:

a) einer Abänderung der bisherigen Studienordnung dahin, daß Justiz- und Verwaltungsausbildung zu ihrem „Recht" kommen;

b) einer ebenso einheitlichen Prüfungsordnung, die auch eine Beteiligung der Verwaltung bei der Zusammensetzung der einzelnen Prüfungsausschüsse schaffen muß.

Es ist zu hoffen, daß dieses Ziel für die Ausbildung der Kriegsteilnehmer bald erreicht wird. Es wird jedenfalls daran seit langem gearbeitet. (Die Neuordnung der Ausbildung der Nichtkriegsteilnehmer ist sicherlich nicht so vordringlich.) Mit dem bisherigen Darlegungen hoffe ich gleichzeitig klargestellt zu haben, daß die AV. des RJM. ein Stück aus dem Gesamtbereich der Ausbildungsfragen behandelt und geregelt hat; es ist unbedingt notwendig und wird ja auch in der AV. zum Ausdruck gebracht, daß dieser Prüfungsordnung nun auch eine entsprechende neue Studienordnung folgt.

3. Ich möchte hier noch — vor allem für höhere Semester — eine allgemeine „verfassungsrechtliche" Erwägung zu der Prüfungszuständigkeit an-

deuten. Es kann nicht jeder Fachminister die Möglichkeit haben, auf dem Wege über die Bedingungen für die Zulassung zu seiner Prüfung eine besondere Ausbildung für sein Ressort durchzusetzen. Es ist vielmehr gerade der Sinn der Stellung des Reichswissenschaftsministers, daß er die Verantwortung dafür zu tragen hat, daß auf den Universitäten richtig ausgebildet wird. Wir würden sonst auch zu einer weitgehenden fachschulartigen Aufspaltung (Spezialisierung) der rechtswissenschaftlichen Fakultät kommen, die niemand in Deutschland will.

III. Die einzelnen Voraussetzungen für eine Verkürzung des Studiums für Kriegsteilnehmer.

Sogleich nach Kriegsausbruch war für Kriegsteilnehmer eine vorzeitige Zulassung zur Referendarprüfung ermöglicht worden; die Prüfung selbst war ebenfalls erleichtert worden. Regelmäßig waren 5 Semester erforderlich; Einzelheiten brauche ich hier nicht mehr zu schildern.

1. Die neue AV. verlangt für die Zulassung zum Referendar-Examen[1]) nur noch 4 Semester. Die AV. sagt nichts darüber, ob diese Voraussetzung auch dann erfüllt ist, wenn diese 4 Semester einzeln und in größeren zeitlichen Abständen abgemacht worden sind. Es kommen viele Kameraden zu mir, die beispielsweise ein Semester vor dem Kriege, dann 1940 ein Trimester, dann 1942/42 als Studienurlauber das dritte Semester und jetzt im Sommer 1943, dann meist als Versehrte, das 4. Semester studiert haben. Auch in solchen Fällen kann nach der AV. der Student zur Prüfung zugelassen werden. Die Verfügung verlangt nicht etwa positiv, daß einmal 3 Semester oder gar zweimal 2 Semester unmittelbar hintereinander liegen müssen.

Andererseits beachten Sie bitte sehr, daß die Verfügung allgemein keinen Anspruch auf Zulassung zur ersten juristischen Staatsprüfung gibt, sondern nur sagt, daß Studenten unter den näher angegebenen Voraussetzungen zugelassen werden können. Es handelt sich also in jedem Falle um eine Ermessensentscheidung, und ich könnte mir gut denken, daß bei einem allzu sporadischen Studium eine Zulassung nach 4 Semestern,

---

[1]) Daß die Verfügung auch vom Studium der Staatswissenschaften spricht, hängt anscheinend mit der beabsichtigten neuen Studienordnung zusammen, die für Justiz- und Verwaltungslaufbahn gelten soll. Keinesfalls ist in der Verfügung das Studium der Volkswirtschaft erfaßt und abgekürzt; für das volkswirtschaftliche Diplom-Examen ist der Justizminister nicht zuständig (siehe oben I). Eine neue Prüfungsordnung (und auch eine neue Studienordnung) für Kriegsteilnehmer-Studenten der Volkswirtschaft könnte nur der Reichswissenschaftsminister erlassen; hier liegen die Zuständigkeiten für Prüfung und Studiengestaltung in einer Hand.

— bei denen es sich dann eigentlich nur noch im mathematischen Sinn um wirkliche 4 Semester handelt! — abgelehnt wird. Die AV. ist jedenfalls sicherlich so auszulegen, daß die Frage der Zulassung in jedem Einzelfall besonders geprüft werden muß. — Ich werde noch später darauf eingehen, daß in dem geschilderten Beispielsfall der Student wahrscheinlich und hoffentlich gar nicht erst den Antrag auf Zulassung stellen wird, weil er sich selbst noch nicht für prüfungsreif halten wird.

2. Die Verfügung spricht weiter von einer bestimmten Dauer des Wehrdienstes als Voraussetzung für die Zulassung. Dabei werden unterschieden nicht-versehrte und versehrte Kriegsteilnehmer.

a) Nicht-versehrte Kriegsteilnehmer müssen praktisch mindestens 3 Jahre im Wehrdienst gestanden haben. Das folgt daraus, daß „die gewöhnliche Dauer ihrer aktiven Wehrdienstpflicht" eigentlich immer 2 Jahre beträgt, und dann muß außerdem ein Zeitverlust von mindestens einem Jahr durch Kriegswehrdienst vorliegen. Ergebnis also: Kriegsteilnehmer i. S. der Verfügung sind einmal diejenigen unversehrten Kriegsteilnehmer, die insgesamt 3 Jahre, davon mindestens ein Jahr während des Krieges („Kriegswehrdienst") bei der Wehrmacht waren.

Arbeitsdienst ist kein Wehrdienst. Allerdings bin ich schon mehrfach gefragt worden, ob der Arbeitsdienst dann nicht doch als Wehrdienst rechnen müßte, wenn er länger als ½ Jahr gedauert hat und wenn — was ja oft der Fall gewesen ist — der Arbeitsmann mit Spaten und Gewehr „tätig" war. In diesem Falle wird m. E. „Wehrdienst" anzunehmen sein, worüber aber in jedem Einzelfall besonders entschieden werden muß.

b) Kriegsversehrte Kameraden werden günstiger gestellt. Ohne Rücksicht auf den Grad der Versehrtheit können sie ihre Zulassung beantragen, wenn sie im Frieden oder im Kriege insgesamt 2 Jahre Wehrdienst geleistest haben. Das bedeutet beispielsweise, daß jemand, der im Frieden seine 2 Jahre gedient hat, dann während des Krieges nur ganz kurze Zeit Soldat war und verwundet worden ist, in den Geltungsbereich der AV. fällt; ebenso derjenige, der nach 1½ Jahren Wehrdienst verwundet worden ist, dann mehr als ½ Jahr lang im Lazarett gelegen hat und danach entlassen worden ist. Die Zeit, die ein Versehrter als Angehöriger der Wehrmacht im Lazarett verbracht hat, wird sicherlich noch in den Begriff „Wehrdienst leisten" eingerechnet werden. Alle diejenigen Kameraden aber, die vor Beendigung einer zweijährigen Zugehörigkeit zur Wehrmacht infolge ihrer Verwundung entlassen sind, gelten nicht als Kriegs-

versehrte i. S. dieser Verfügung, können also keinen Antrag auf Zulassung zur Referendarprüfung bereits nach 4 Semesters stellen[1]).

3. Die Durchführung der Prüfung ist in der AV. ebenfalls erleichtert worden. Dazu sind nähere Erläuterungen wohl nicht erforderlich. Verlangt werden eine Hausarbeit von 2 Wochen und 3 Klausuren; dazu kommt dann natürlich die mündliche Prüfung.

IV. Grundsätzliches über eine Verkürzung des Studiums für Kriegsteilnehmer.

Bei dem Bericht über die AV. des RJM. liegt mir nun noch besonders viel daran, Ihnen noch einige Gedankengänge über die Frage vorzutragen, in welchem Sinn Sie die hiermit ermöglichte Verkürzung des Studiums auffassen möchten.

1. Erwähnt habe ich schon, daß kein Anspruch auf Zulassung besteht, sondern daß die Zulassung von dem Ermessen der Justizprüfungsbehörde abhängt.

2. Wenn nun noch künftig die beiden Ferienkurse hinzukommen sollen — jeweils in den vorlesungsfreien Monaten September/Oktober —, so sehen Sie schon daraus, daß die Verkürzung des Studiums begleitet sein soll von einer Intensivierung. Es soll alles getan werden, um die Studienzeit möglichst zweckmäßig und fruchtbar zu gestalten und auszufüllen. Das bedeutet beileibe nicht, daß nun ununterbrochen gepaukt werden soll, und auch die Ferienkurse haben nicht den Zweck, in möglichst kurzer Zeit möglichst viel positives Wissen einzutrichtern. Vielmehr haben Dozenten wie Studenten das größte Interesse daran, daß neben der aufnehmenden Zeit in Vorlesungen, Übungen und Ferienkursen noch genügend Zeit zum eigenen Arbeiten (und zum gelegentlichen Atemholen) bleibt. Die Ferienkurse wollen gerade auch dazu anregen und anleiten; daher sollen in diesen Kursen grundsätzlich keine neuen Stoffgebiete vorgetragen werden, sondern der in den Semestern behandelte Stoff soll wiederholt und vertieft werden; die Teilnehmer sollen sich auf das Pensum der nächsten Stunde vorbereiten und sollen möglichst nachdrücklich auf besondere Mittel und Wege des Selbststudiums hingewiesen werden. (Die Ferienkurse sind also keine Zwischen-Semester!)

---

[1]) Nach der zu I geschilderten Zuständigkeitsordnung kann ich als Dekan über diese Fragen im Einzelfall weder entscheiden noch authentische Auskunft geben. (Als vorsichtiger Jurist lehne ich also jede Haftung ab!)

3. Aber selbst wenn die Studienzeit von 4 Semestern und 2 Ferienkursen — praktisch ist das schon eine Zeit von annähernd 2 Jahren, und das ist wohl zu beachten, denn der Zeitraum von 4 Semestern wäre u. U. erheblich kürzer als 2 Jahre — verständig ausgenutzt wird, bleibt doch noch die Frage offen, ob eine gegenüber dem Friedenszustand so stark verkürzte Ausbildungszeit ausreichend ist. Ich will nicht verschweigen, daß wir Professoren in dieser Richtung manche Sorgen haben; aber es ist auch keineswegs so, daß etwa die Justizverwaltung auf dem Standpunkt stände, die 4 Semester mit den beiden Ferienkursen müßten ganz unbedenklich immer ausreichen. Vielmehr besteht bei allen Stellen weitgehende Übereinstimmung darüber, daß es sich bei diesem Zeitraum nur um ein Mindestmaß, nur um eine Möglichkeit handelt. Ob der Student von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, soll zunächst er selbst verantwortlich entscheiden. Ich möchte besonders betonen: es wird in keiner Weise irgendein Zwang ausgeübt werden dahin, daß sich jemand nach 4 Semestern (und 2 Ferienkursen) zum Examen melden soll! Wenn sich ein Kriegsteilnehmer bereits nach dieser Zeit für prüfungsreif hält, kann er sich melden; vom Prüfungsamt kann er dann zugelassen werden. Wir halten es aber für dringend erwünscht, daß der Kriegsteilnehmer möglichst wenigstens 5 Semester studiert.

Daß andererseits ein Kriegsteilnehmer normalerweise überhaupt in kürzerer Zeit examensreif ist als der „Friedens-Student", bedarf wohl keiner näheren Begründung. Das gegenüber dem Friedenszustand durchschnittlich höhere Lebensalter, vor allem aber die größere Reife der Persönlichkeit geben eine Gewähr dafür, daß der Kriegsteilnehmer-Student sich rascher in Wesen und Aufgabe des Rechts sowie in die Eigenarten der einzelnen Rechtsgebiete und in die Methode des Rechtsdenkens überhaupt einfühlen kann und daß er mit größerem Ernst und größerem Eifer an seine Arbeit geht. Immerhin gibt es zu denken, daß in den meisten anderen Wissenschaftszweigen, sowohl bei den Geisteswissenschaften wie bei den Naturwissenschaften und der Technik, gerade in letzter Zeit mehrfach eine Verkürzung des Studiums für Kriegsteilnehmer abgelehnt worden ist. Sehr wichtig ist dabei immer wieder die Erwägung, daß den Kriegsteilnehmern sowohl im Interesse der Gesamtheit wie aber auch in ihrem eigenen Interesse eine besonders gute Ausbildung zuteil werden soll. Den Kriegsteilnehmern ist nicht damit genützt, daß sie sturzbadartig einige positive Kenntnisse erwerben und sich damit durchs Examen schlängeln. Die ernsthaft und tüchtig veranlagten Kameraden würden sich in einem solchen Falle innerlich unsicher und unbefriedigt fühlen; sie wollen sich, wie kürzlich ein Kamerad schrieb, für ihren Lebensberuf möglichst gründlich vorbereiten. Das Ziel kann also nur sein, durch Verbesserung der Ausbildungsmethoden, durch rascheres Verständnis und größeren Fleiß einige Zeit einzusparen. An der Verbesserung der Ausbildungsmethoden haben wir seit

langem gearbeitet. Die Ferienkurse sind das wichtigste Ergebnis; außerdem aber haben wir, ohne daß das äußerlich in Erscheinung tritt, in der Art, Vorlesungen, Übungen und Seminare zu halten, zweifellos Fortschritte erzielt, gerade auch in der Richtung, daß der Student nicht nur als „Hörer" dabei sitzt, sondern zu einer verständnisvollen aktiven Beteiligung geführt wird. Wir bemühen uns ferner, immer klarer das Können in den Vordergrund zu stellen und nicht zu sehr auf das Maß des Wissens zu sehen. Das darf aber auch nicht mißverstanden werden: Wer ein Könner sein will, muß zweifellos ein nicht geringes Maß von positivem Wissen zur Verfügung haben, an dem sein Verständnis geschult worden ist und sich weiter schulen läßt.

Alle diese Erwägungen entsprechen auch durchaus der Einstellung der Kameraden, und zwar sowohl der Kriegsteilnehmer, die jetzt als Versehrte hier studieren, wie derjenigen Kameraden, die draußen sind und uns von draußen dazu schreiben. Gerade in der letzten Zeit habe ich mehrere sehr eindrucksvolle Briefe bekommen, die sich mit einem uns geradezu beglückenden Verständnis zu diesen Fragen äußern.

4. Nun noch eine m. E. sehr wichtige Ergänzung. Ich habe schon seit langem bei zahlreichen Gelegenheiten schriftlich und mündlich zum Ausdruck gebracht, daß die Förderung der Kriegsteilnehmer bei ihrem Studium weitgehend eine wirtschaftliche Frage ist und daß auf diesem Gebiet noch manches ausgebaut und noch manche Lücke geschlossen werden kann. Mir scheint es eine selbstverständliche Forderung zu sein, daß der Kriegsteilnehmer wirtschaftlich so gestellt wird, daß er nicht aus finanziellen Nöten heraus zu einem voreiligen Abschluß seines Studiums gedrängt wird. Positiv gesprochen: Jeder Kriegsteilnehmer-Student muß — gerade auch nach seiner Entlassung aus dem Wehrdienst — so gestellt werden, daß er in Ruhe 5 oder 6 Semester studieren kann. (Dabei ist selbstverständliche Voraussetzung, daß der Kriegsteilnehmer seine Studienzeit ernsthaft ausnutzt; wer auf Grund der Sicherheit, daß er finanziell länger als 4 Semester gefördert wird, 1 oder 2 Semester verbummelt, schädigt den großen Grundgedanken, mit dem wir an diese Frage herangehen wollen und herangehen müssen.) Auch wenn ein Kriegsteilnehmer-Student heiraten will, muß er schon vor dem Examen finanziell so gestellt werden, daß er nicht die Heirat wegen des Examens aufzuschieben braucht und deshalb dann möglichst rasch zum Erxamen zu kommen versucht. Ergebnis also: Weil es erwünscht ist, daß ein Kriegsteilnehmer mehr als 4 Semester studiert, muß dem auch wirtschaftlich in jeder Weise Rechnung getragen werden. Keine Förderungsmaßnahme wird etwa schematisch nach 4 Semestern (und 2 Ferienkursen) eingestellt oder gekürzt werden.

V. Zur neuen Studienordnung und zu den Ferienkursen.

Über die Notwendigkeit einer neuen Studienordnung und über den Sinn der Ferienkurse ist das Wichtigste bereits gesagt worden. Einige ergänzende Bemerkungen dazu erscheinen mir aber doch noch erforderlich.

1. Die neue Studienordnung kann nicht einfach darin bestehen, daß von den bisherigen 6 Semestern die letzten beiden weggelassen werden. Es müssen vielmehr aus dem bisherigen Gesamtplan die weniger wichtigen Rechtsgebiete gestrichen werden; gleichzeitig ist, übrigens auch vom Standpunkt der Justiz aus, eine Verstärkung der Verwaltungsfächer (des öffentlichen Rechts) erforderlich. Die neue Studienordnung soll gestaltet werden nach dem Grundsatz, der überhaupt die Kriegsteilnehmer-Ausbildung beherrschen muß: Weglassung der weniger wichtigen Gebiete und der Spezialgebiete, dafür gründliche Ausbildung in den Hauptgebieten. Auf Grund einer guten Schulung an und in den Hauptgebieten, auf Grund einer guten rechtswissenschaftlichen Bildung, kann man sich dann später ohne große Schwierigkeiten in die anderen Rechtsgebiete einarbeiten. Die gute wissenschaftliche Grundausbildung ist auch unter diesem Gesichtspunkt immer noch die beste Vorbereitung für die Praxis. Es muß also alles vermieden werden, was dazu führen könnte, die gründliche rechtswissenschaftliche Vorbildung, insbesondere die Schulung im rechtlichen Denken, zurücktreten zu lassen und stattdessen durch zu starke Häufung von Stoff einen auf oberflächlich zusammengerafftes Fachwissen gegründeten Dilettantismus großzuziehen.

2. Die AV. des RJM. gilt bereits ohne Rücksicht auf den in Vorbereitung befindlichen neuen Studienplan. Sie verweist aber auf ihn, wobei bereits mitgeteilt wird, daß der neue Studienplan 4 Semester und 2 Ferienkurse vorsieht. Das ist in der Tat der Fall. Über diese Ferienkurse habe ich im 13. Rundbrief im Rahmen meines Semesterberichts bereits Einiges mitgeteilt. Die Universität Berlin hat mit der Planung dieser Einrichtung begonnen; noch zu Ende des Sommer-Semesters ist dann vom Reichswissenschaftsminister die Abhaltung solcher Ferienkurse allgemein angeregt worden. In der Tat führen in diesen Monaten schon zahlreiche Fakultäten solche Ferienkurse durch. Im Augenblick aber handelt es sich dabei noch um keine offizielle Einrichtung im Sinne dieser AV. und der neuen Studienordnung, denn die neue Studienordnung ist ja noch nicht veröffentlicht; die gegenwärtigen Kurse können also (noch) nicht angerechnet werden. Es ist aber anzunehmen, daß die Studienordnung, die dann auch den Plan für die 2 Ferienkurse enthält, noch zum Beginn des Winter-Semesters veröffentlicht

werden wird, womit dann die Ferienkurse zu einer offiziellen Veranstaltung im Rahmen der Studienordnung und der Prüfungsordnung werden[1]).

Es wird vielleicht interessieren, wie in unserer Fakultät diese Ferienkurse aussehen. Wir führen folgenden Plan durch:

I. Wiederholungskurse für 1. bis 3. Semester.

1. September (1. bis 28. IX.)

Personen- und Familienrecht, Mo, Do, 9—11 .... **Siebert**
Bodenrecht, Di, Fr, 9—11 .... **Hedemann**
Vertrag und Unrecht (15. IX. bis 13.X.), Di, Fr, 11—13 (ab 29. IX.: Di, Fr, 9—11) .... **Groh**
Verfassungs- und Verwaltungsrecht (auch für 4. und spätere Sem.), Mi, Do, 11—13 .... **Höhn**

2. Oktober (29. IX. bis 20. X.)

Ware und Geld, Mo, Mi, 11—13 .... **Titze**
Strafrecht (zugleich für 4. u. spätere Sem.), Di, Do, Fr, 11—13 **Kohlrausch**

II. Wiederholungskurse für 4. und spätere Sem.)

1. September (1. bis 28. IX.)

BGB I (Vertrag u. Unrecht, Ware u. Geld, Boden), Di, Mi, Fr, 9—11 **Siebert**
Handelsrecht, Mo, Fr, 11—13 .... **Gieseke**
Verfassung und Verwaltung (zugleich auch für jüngere Sem.), Mi, Do, 11—13 .... **Höhn**
Hypothekenrecht, Di, 11—13 .... **Hedemann**

2. Oktober (29. IX. bis 20. X.)

BGB II (Personen, Familienrecht, Erbrecht), Mo, Mi, 9—11...... **Siebert**
Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts, Di, 16—18 .... **Titze**
Strafrecht (zugleich auch für jündere Sem.), Di, Do, Fr, 11—13 **Kohlrausch**
Wertpapierrecht, Do, 9—11 .... **Siebert**

Die Besucherzahlen — nur Kriegsteilnehmer — sind verschieden; die Zahl der Vorgerückten ist ja immer geringer als die Zahl der Anfänger. Die Teilnehmerzahlen bewegen sich etwa in dem Rahmen von 15—60. Man kann schon jetzt sagen, daß die Kurse großen Anklang finden. Uns Dozenten ist es eine besondere Freude, bei dem kleineren Kreis der Hörer in eine engere persönliche Verbindung zu unseren Studenten zu kommen, als es vielfach während des Semesters möglich ist.

---

[1]) Für diejenigen, die dann schon einen Teil des Studiums hinter sich haben, werden besondere Übergangsvorschriften nötig sein, in denen je nach der Dauer des bisherigen Studiums nur 1 Ferienkursus oder gar keiner verlangt werden wird.

FELDPOST-BRIEFE

der Juristischen Fakultät
der Universität Berlin

RUNDBRIEF Nr. 21

Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Berlin
— Fernbetreuung —
Professor Dr. Siebert

Zuschriften an
Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
— Fernbetreuung —
Berlin C 2, Unt. d. Linden 6

21. Rundbrief

Lieber Kamerad!

Die Versendung unseres vorigen Rundbriefes hat sich zu unserem Bedauern dadurch wesentlich verzögert, daß unsere Druckerei bei einem der letzten Angriffe auf Berlin schweren Bombenschaden erlitten hat. Hierbei ist auch der bereits fertig gesetzte Rundbrief Nr. 20 mit verbrannt. Immerhin ist es mit vereinten Kräften gelungen, den Rundbrief nochmals zu drucken und alsbald herauszusenden. Wir hoffen, daß er inzwischen in Ihre Hände gelangt ist und daß Sie nun auf die weiteren Rundbriefe nicht mehr so lange zu warten brauchen.

Unser neuer Rundbrief enthält diesmal als wesentlichen Teil einen Aufsatz von Prof. Dr. Hedemann über das Gefallenendenkmal der Berliner Universität. Alle diejenigen, die unsere Universität noch in unversehrtem Zustand gekannt haben, werden diesen Aufsatz sicher mit besonderer Anteilnahme lesen und auch den jüngeren Kommilitonen, die noch nicht hier haben studieren können, wird er etwas von dem Geiste unserer alma mater vermitteln.

Der übrige fachliche Teil des Rundbriefes enthält die Lösung des bürgerlichrechtlichen Rechtsfalles von Professor Dr. Siebert aus dem Rundbrief Nr. 20, sowie einen strafrechtlichen Rechtsfall von Assistent Dr. Figge. Ferner bringen wir eine uns zugegangene Äußerung eines Betreuten über die Rechtsprobleme des Filmes „Ich klage an" und unsere Stellungnahme dazu.

Unserem Rundbrief liegen bei: die Prager Feldpostbriefe Nr. 21 a und b und das Sonderheft Nr. 7.

Mit herzlichen Grüßen und

Heil Hitler!

Ihr

gez. Siebert

Berlin, Mitte August

Invictis victi victuri!

Von Professor Dr. J. W. Hedemann, Universität Berlin.

Der mächtige Rhythmus der lateinischen Sprache spricht uns an mit diesen drei ehern klingenden Worten: „Invictis victi victuri", — „Den Unbesiegten die Besiegten, die siegen werden". Reinhold Seeberg, der hochangesehene, geisterfüllte und dabei lebensnahe Theologe der Berliner Friedrich-Wilhelms-Universität, hat die Worte geprägt. Sie sind, in Stein gemeißelt, den Studenten von damals gewidmet worden, jenen Jünglingen, die 1914, 1915 den studentischen Schläger ihrer Korporationen mit den Waffen des Heeres vertauscht hatten und von den Büchern zum Kriege geeilt waren. Jenen Jünglingen, die bei Langemarck und an anderen Stätten des ersten Weltkrieges ihre Feuerprobe, ihre Probe vor Gott und dem Vaterlande bestanden haben.

Wie war es doch damals bei Langemarck? Wir greifen still nach den Dokumenten jener Tage, den Briefen der heldenhaften, akademischen Jünglinge. Waren sie nicht zurückgeworfen beim ersten Sturm? Panik, dieses seltsame Gespenst, flatterte über ihnen, als sie erschüttert, fast zerbrochen in einer elenden Sandgrube sich zusammenfanden. Bebend die Körper, blaß und starr die Gesichter, die Waffen gesenkt. War alles verloren? Aber einer hielt den Degen hoch und seine Worte hallten wie ein Schrei überirdischer Beseelung: „Kommilitonen, es gilt unsere akademische Ehre"! Das war Wiedergeburt. Die Augen blitzten auf, die Waffen zuckten empor, die Leiber waren wieder jung, der Sturm begann von neuem, und der Sieg lag in den Händen der Jünglinge.

Viele freilich deckten mit ihren toten Leibern die Erde. Ich fuhr einige Monate danach im eilenden Wagen durch die Landschaft. „Das da ist", sagte mein Begleiter, der als Offizier des Automobilkorps den Wagen lenkte und die Gegend kannte, „das da ist der Studentenfriedhof". „Halten Sie", rief ich und sprang aus dem Wagen.

Gleich an der Ecke vorn war um das Kreuz des ersten Grabes ein schwarz-rot-goldenes Studentenband geschlungen. Da also ruhte wohl ein Bursche der Urburschenschaft Arminia von Jena, der das schwarz-rot-goldene Band vor dem Kriege auf der Brust getragen hatte, und das Gedenken wurde wach: Lodernder Freiheitskrieg von 1813, hohe Gesänge vom Gott, der Eisen wachsen ließ, deutsche Burschenschaft, deutscher Einheitstraum, — erfüllt in seiner ersten Stufe erst nach vielen romantischen Jahrzehnten, nach neuen Kriegen, in Gestalt des Bismarckschen Reiches.

Langemarck — nie wieder im Leben habe ich meine Mütze mit solcher Ergriffenheit vom Kopf gezogen wie damals vor dem Studentenfriedhof in Langemarck. „Alma mater", ehrwürdige Mutter, wie hatte diese jahrhundertealte Titulatur der Universitäten mich durchglüht in den jungen Dozentenjahren, wie stolz war ich, der sich als junger Bannerträger dieser Alma mater fühlte, wie strahlte sie, die erhabene Mutter, der Sonne gleich, wenn die hohen Festtage der deutschen Universitäten emporstiegen, ihre Jahrhunderte zählenden Jubiläen, ihre feierlichen Doktorpromotionen, ihre „Inaugurationen"[1] der Rectores magnifici. Alma mater! Jetzt aber, als ich 1915 im Staube der Landstraße vor den hundert Kreuzen von Langemarck stand, die Mütze in der Hand, da erhob es sich vor mir wie das Bildnis einer schmerzgebeugten, dornenumkränzten ewigen Mutter: Alma mater dolorosa.

Doch aber strahlte darüber der Sieg! Langemarck, unvergessen auch von der heutigen deutschen Studentenschaft: Opfer des jünglinghaften Heldentums, akademischer Adel im reinen, unbefleckten Sinne des Wortes. Wie bitter, ach wie bitter, war dann das Ende anno 1918. Sie kamen heim, die Überlebenden, mit starren Gesichtern: Was ist Universität, was ist Studium, was ist uns eine Alma mater? Wir Professoren, selbst zum Teil „draußen" gewesen, rafften die Kräfte zusammen: Alma mater rediviva! Wir bestiegen wieder das Katheder, wir suchten und fanden richtige Worte, um die Starre der Gesichter zu lösen. Das Studium kam in frischen Lauf, die Bücher wurden wieder aufgeschlagen, das Doktorexamen setzte von neuem ein. Aber ein letztes unbestimmbares Etwas fehlte. Da eben fand, bei der Weihe des Gefallenendenkmals im würdigen Garten der Berliner Universität, Reinhold Seeberg das erlösende Wort, Gedächtnis zugleich an die Toten in fernen Landstrichen und erweckende Ansprache an die, die zurückgekehrt waren, lebend zwar, aber zerbrochen ob des verlorenen Krieges: „Den Unbesiegten die Besiegten, die wieder siegen werden, Invictis victi victuri".

So sind sie herangewachsen, die Jünglinge von damals, Männer geworden, neben sich aufsteigen sehend die jüngeren Brüder oder gar Söhne. Das alte klangvolle Studentenwort „Kommilitonen", das noch in der Sandgrube von Langemarck erklang, „Mitkämpfer" heißend in unserer deutschen Heimatsprache, wich dem noch stärker soldatisch klingenden Wort: Kameraden. Doch aber verblaßte mehr und mehr der militärische Akzent. Die Bücher dominierten. „Sieg" schien ein Wort auf dem geistigen Feld geworden zu sein: Victuri, die wieder siegen werden, weithin sichtbar in der Welt, mit den klassischen Waffen deutschen Geisteslebens! Darüber thronend in ruhigem Glanz Alma mater, die ebenmäßige, gütig betreuende, erhabene Mutter akademischer Bildungsstätten. —

1939. Der neue Krieg brach aus. Die erhabene Mutter erbebte: Wieder zogen ihre Söhne zu tausenden hinaus. Still ragten im parkartigen

[1]) Feierliche Amtseinführung.

Hinterhof der Berliner Friedrich-Wilhelms-Universität die alten hohen Bäume gegen den Septemberhimmel. Und still lag, von diesen feierlich wirkenden Bäumen umgeben, das Ehrenmal der gefallenen Studenten „von damals". Und siehe da, starr aus der mächtigen, das Fundament des Ehrenmals bildenden Steinplatte schauten zu dem stillen Betrachter empor jene feierlichen Worte „Invictis victi victuri". Darüber ragte, unfaßbar fast in ihrer gebeugten heldenhaften Haltung, die Gestalt des Kriegers, der ewig bleibt, der, getroffen von tödlichem Streich, doch von sich sagen kann: Invictus, unbesiegt. Rings aber um das Ehrenmal standen die hohen vier Steinblocksäulen, aufwärts weisend zur Sonne und den ewigen Sternen, auf denen die Namen der vielen hundert Berliner Studenten eingemeißelt waren, die damals — 1914/18 ihr Leben für das Vaterland geopfert hatten.

Manch einer der neuen jungen Generation mag, ehe er auszog im Herbst und Winter 1939, einen raschen Blick auf das Ehrenmal von „damals" geworfen haben: Ade, Kameraden, Kommilitonen, wir kämpfen in Eurem Geiste, wir wissen von Langemarck, wir werden wieder siegen! Vier Jahre hat seitdem das Ehrenmal in stiller Würde unter den hohen Bäumen gestanden. Und hat geharrt: Wann kehren sie wieder aus dem neuen Krieg, die Jünglinge von 1939, 1940, 1941, 1942? Jetzt aber steht es nicht mehr und harrt nicht mehr und schaut nicht mehr hinaus zu den fernen Schlachtfeldern, unser heiliges akademisches Ehrenmal. Denn zerbrochen, zertrümmert, vom feindlichen Fliegerangriff ruchlos getroffen, liegt es unter den zerfetzten Bäumen des Gartens der Berliner Universität. Die steinerne olympische Kriegergestalt, die das Mittelstück bildete, wurde zerschmettert, die Säulen mit den Namen der jungen Helden von damals, die das Ehrenmal flankierten, liegen, in Blöcke zersprungen, auf dem Erdboden, und die Namen, die vielen Namen schauen von diesen niedergeworfenen Blöcken zu uns auf. Aber: unverletzt, sakrosankt selbst gegenüber der sprengenden Gewalt der feindlichen Luftmine, liegt am alten Platz die mächtige steinerne Tragfläche des Ehrenmals, und nach wie vor weist sie uns die gemeißelten hehren Worte der Erinnerung: Invictis victi victuri.

Hehre Worte der Erinnerung, und Worte zugleich der Verpflichtung. Wißt es, Ihr jungen Mitkämpfer da draußen, Kommilitonen, Kameraden, wir glauben an Euch als Träger der Zukunft, wir sind Euch verbunden mit unserer ganzen Seele. Wir Älteren haben sie gesehen in ihrer zweierlei Gestalt, die hehre Mutter der hohen Schulen: Alma mater dolorosa, alma mater rediviva. Rediviva! Ihr Leben erlosch nicht, ihr Atem weht weiter. Zwischen Trümmern steigt auf, heiliger Geistesflamme gleich, das dritte und letzte Wort der steinernen Inschrift des Berliner Ehrenmals: Victuri!

Operation als Körperverletzung?

Rechtsfall aus dem Strafrecht für Vorgerückte

von Dr. Figge, wissenschaftlicher Assistent
am Kriminalistischen Institut der Universität Berlin.

Dem Oberarzt A., der die chirurgische Abteilung eines Krankenhauses in X-Stadt leitet, wurde ein 7jähriges Mädchen, das an einer eitrigen Fußentzündung litt, zugeführt. Der Chefarzt stellte eine tuberkulöse Vereiterung der Fußwurzelknochen fest und erklärte zur Erhaltung des Lebens des Kindes eine Operation für unbedingt erforderlich. Als der Vater der kleinen Patientin hiervon erfuhr, begab er sich zu dem Oberarzt A. und erklärte ihm, er wolle auf jede Gefahr hin nicht, daß sein Kind zum Krüppel werde, und widerspreche jeder Operation. Im übrigen sei er als Anhänger der Naturheilkunde grundsätzlich Gegner jeder chirurgischen Behandlung. A. machte den Vater daraufhin auf die weittragenden Folgen seiner Weigerung für das Leben des Kindes aufmerksam und suchte ihn von der unabweisbaren Notwendigkeit des Eingriffs zu überzeugen. Als sich der Vater von dem Oberarzt verabschiedete, hatte dieser den Eindruck, der Vater sei nunmehr mit der Operation einverstanden.

Am nächsten Tage sollte die Operation vorgenommen werden. Die Patientin wurde für die Operation vorbereitet und narkotisiert. Als der Arzt gerade mit der Operation beginnen wollte, erschien eine Schwester an der Tür des Operationssaals und meldete: „Der Vater ist da und will sein Kind holen". Der Oberarzt erwiderte: „Jetzt ist es zu spät, ich werde später mit dem Vater sprechen". Der Oberarzt führte nunmehr die Operation kunstgerecht durch. Durch den Eingriff ist die tuberkulöse Infektion behoben worden, die Kräfte der Patientin haben zugenommen, und das Kind erfreut sich heute bester Gesundheit.

Als der Vater des Kindes von der Operation erfuhr, zeigte er den Oberarzt bei der Staatsanwaltschaft an. Die Staatsanwaltschaft erhob daraufhin gegen A. Anklage wegen Körperverletzung (§§ 223 flg. StGB).

Ist A. zu verurteilen?

Wie wäre der Fall strafrechtlich zu beurteilen, wenn der Oberarzt infolge der Weigerung des Vaters die Operation unterlassen und das Kind an der tuberkulösen Infektion gestorben wäre?

Gesetzestexte

§ 223 StGB:

(Leichte Körperverletzung.) Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängnis nicht unter einem Monat zu erkennen.

§ 223 a StGB:

(Gefährliche Körperverletzung.) Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werk-

zeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls oder von mehreren gemeinschaftlich oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Monaten ein.

§ 222 StGB:

(Fahrlässige Tötung.) Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bestraft.

§ 230 StGB:

(Fahrlässige Körperverletzung.) Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines anderen verursacht, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Reichsärzteordnung.

I. Abschnitt. *Der Arzt.*

§ 1

(1) Der Arzt ist zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen.

Er erfüllt eine durch dieses Gesetz geregelte öffentliche Aufgabe.

(2) Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe.

A. *Die Reichsärztekammer.*

§ 19

Die deutsche Ärzteschaft ist berufen, zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung und Hebung der Gesundheit, des Erbguts und der Rasse des deutschen Volkes zu wirken.

§ 677 BGB:

(Pflichten des Geschäftsführers.) Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.

§ 679 BGB:

(Ausnahmen.) Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

§ 1627 BGB:

(Inhalt der elterlichen Gewalt.) Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen.

§ 1630 BGB:

(Gesetzliche Vertretung.) Die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt die Vertretung des Kindes.

Die Vertretung steht dem Vater insoweit nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist. Das Vormundschaftsgericht kann dem Vater nach § 1796 die Vertretung entziehen.

§ 1664 BGB:

(Maß der Sorgfalt.) Der Vater hat bei der Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde gegenüber nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

§ 1666 BGB:

(Gefährdung des Kindes.) Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person

des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird.

Hat der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und ist für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen, so kann dem Vater auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden.

Das Lotterielos

Lösung des BGB-Falls für Anfänger aus dem Rundbrief Nr. 20

Von Prof. Dr. Siebert, Berlin.

Der 21jährigen Studentin S. wird ein unbestelltes Lotterielos zugesandt mit der Bitte, es in dem beigelegten frankierten Umschlag zurückzuschicken, falls sie es trotz der so günstigen Gewinnaussichten nicht behalten wolle. Die S. veranlaßt aber nichts darauf.

1. Eines Tages droht der Lotterieunternehmer mit einer Klage auf Zahlung des Kaufpreises für das Los oder auf Schadensersatz wegen der unterlassenen Rücksendung. Würde die Klage durchdringen?

2. Als die S. erfährt, daß auf diese Losnummer ein Gewinn von 1000,— Reichsmark entfallen ist, möchte sie jetzt diese 1000,— RM einklagen, wobei sie sich gleichzeitig nunmehr zur Zahlung des Kaufpreises erbietet. Würde diese Klage durchdringen?

Vorstehender Rechtsfall ist von mir im letzten Semester in einer BGB-Übung für Anfänger gegeben worden. Als Lösung wird nachstehend eine der besten Arbeiten mit kleinen Änderungen abgedruckt.

Gesetzestexte

§ 130 Abs. I BGB:

Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.

§ 146 BGB:

Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird.

§ 147 BGB:

Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.

Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

§ 148 BGB:

Hat der Antragende für die Annahme des Antrages eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb dieser Frist erfolgen.

§ 150 BGB:

Die verspätete Annahme eines Antrages gilt als neuer Antrag.

Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage.

§ 151 BGB:

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

§ 157 BGB:

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 823 BGB:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 826 BGB:

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Lösung

Gliederung.

I. Ansprüche des Lotterieunternehmers:
   1. aus Vertrag,
   2. aus culpa in contrahendo,
   3. aus unerlaubter Handlung.

II. Ansprüche der S.

I. 1. Der Lotterieunternehmer könnte Ansprüche haben, wenn ein gültiger Vertrag zustande gekommen wäre. Ein Vertrag kommt zustande durch Angebot und Annahme. (Das ergibt sich nicht etwa aus § 151 erste Hälfte des ersten Satzes, sondern ist allgemeine Voraussetzung der §§ 145 ff. BGB.) Ist nun die Zusendung des Loses schon ein wirksames Vertragsangebot oder erst eine Aufforderung an die S., ihrerseits ein Angebot zu machen? Man kann wohl sagen, daß die Zusendung eines Lotterieloses mit Preisangabe usw. so genügend bestimmt ist, daß der andere Teil nur „Ja" zu sagen braucht, damit der Vertrag zustande kommt. Die

Zusendung des Loses ist also keine Aufforderung, sondern ein wirksames Vertragsangebot.

Es fragt sich jetzt, ob die S. das Angebot angenommen hat. Aus § 157 BGB ergibt sich im Wege der Auslegung als allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß im Rechtsverkehr niemand verpflichtet ist, ein Vertragsangebot anzunehmen, es sei denn, daß besondere Voraussetzungen vorliegen, etwa Kontrahierungszwang [1]. Ja, es besteht im allgemeinen nicht einmal die Pflicht zur ausdrücklichen Erklärung auf ein Vertragsangebot, denn es wäre eine unerträgliche Belastung des Verkehrs, wenn man — um einer vertraglichen Bindung zu entgehen — jedes beliebige, von Geschäftsleuten gemachte Angebot ausdrücklich ablehnen müßte. Somit bedeutet Schweigen grundsätzlich [2] weder Annahme noch Ablehnung.

Ein Vertrag kommt vielmehr erst dann zustande, wenn das Angebot innerhalb der in den §§ 146 ff. bestimmten Frist durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Anbietenden angenommen wird.

Ein gewisser Ausnahmefall ist § 151 BGB, wonach die Annahmeerklärung nicht dem Antragenden gegenüber abgegeben werden muß, wenn das nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Der Vertrag kommt also ausnahmsweise schon dann zustande, wenn die Annahmeerklärung nur irgendwie in Erscheinung getreten ist und nicht erst, wenn sie dem anderen Teil zugegangen ist, was sonst der Regelfall ist. Das ergibt sich einerseits aus der Natur des Vertrages, andererseits aus § 130 BGB, denn die Annahmeerklärung ist eine Willenserklärung und wird erst wirksam, wenn sie — unter Abwesenden — dem anderen zugegangen ist. § 151 befaßt sich also lediglich mit der Frage, ob von dieser Regel eine Ausnahme zulässig ist, dagegen nicht damit, ob Schweigen überhaupt Zustimmung oder Ablehnung bedeutet. Das ist Auslegungsfrage nach § 157 BGB. Im Falle des § 151 BGB. muß aber auf jeden Fall auf Seiten des Annehmenden mindestens ein Annahmewille vorhanden sein, der irgendwie zum Ausdruck gekommen sein muß (entweder durch schlüssiges Verhalten oder aber auch ausdrücklich, was allerdings seltener der Fall sein wird), nur braucht die Annahme dem Anbietenden nicht mitgeteilt zu werden. § 151 besagt aber nicht, daß eine Annahmeerklärung überhaupt nicht erforderlich ist [1].

In unserem Fall hat die S. nicht einmal den Willen zur Annahme, sie äußert oder betätigt sich überhaupt nicht, also kommt § 151 BGB nicht zur

---

[1]) Kontrahierungszwang (Zwang zum Vertragsabschluß) besteht z. B. zur Sicherung lebensnotwendiger Bedürfnisse für die Lieferung von Wasser, Gas, Elektrizität.

[2]) In besonderen Fällen, insbesondere im kaufmännischen Geschäftsverkehr kann eine Pflicht zur ausdrücklichen Erklärung bestehen mit der Folge, daß das Schweigen Rechtsnachteile für den Betreffenden mit sich bringt; vgl. z. B. §§ 362, 377, HGB.

[1]) Vgl. zu der Bedeutung des § 151 BGB auch unseren Feldpostbrief Nr. 18 S. 6 f.

Anwendung. Ein Vertrag ist nicht zustande gekommen, und der Lotterieunternehmer hat daher auch keine vertraglichen Ansprüche auf den Kaufpreis oder auf Schadensersatz.

2. Bestand nun aus anderem Rechtsgrund eine Pflicht für die S., das Los zurückzusenden, da ein frankierter Umschlag beigefügt war?

Auch schon vor Abschluß eines gültigen Vertrages können gewisse Pflichten zwischen den Parteien entstehen, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet. So begründet insbesondere der Eintritt in Vertragsverhandlungen für beide Teile bereits eine gewisse Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Person und des Vermögens des Verhandlungspartners. Werden diese Interessen schuldhaft verletzt, so haftet der Schädiger nach den strengeren vertraglichen Grundsätzen, auch wenn die Vertragsverhandlungen nicht zum Abschluß eines wirksamen Vertrages geführt haben. (Lehre von der culpa in contrahendo, d. h. dem Verschulden beim Vertragsschließen.)

Hier hatte nun die S. nicht den Willen und die Absicht, in Vertragsverhandlungen mit L. einzutreten, L. hatte ihr das Los unaufgefordert zugeschickt. Unter diesen Umständen ist aber nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte eine Pflicht zur Rücksendung zu verneinen. Wenn ein Lotterieunternehmer jemandem ohne Aufforderung ein Los zuschickt, trägt er auch das damit verbundene Risiko. Er kann nicht verlangen, daß die Leute Zeit und Mühe für die Rücksendung verwenden. Wenn man viele unaufgefordert zugesandte Vertragsangebote erhielte, wäre man sonst reichlich damit beschäftigt, sie zurückzusenden. Es gilt hier dasselbe, was oben über die Pflicht zur ausdrücklichen Ablehnung gesagt ist.

3. Eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB liegt ebenfalls nicht vor. Denn Abs. I verlangt ganz bestimmte Verletzungstatbestände. S. verletzt nicht das Eigentum des L. Eher könnte man eine Vermögensschädigung annehmen, insofern er das Los vielleicht hätte anderweit verkaufen können. Aber eine Vermögensschädigung schlechthin fällt nicht unter § 823 BGB, so daß wir die Schuldfrage gar nicht erst zu untersuchen brauchen. Gegen ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB verstößt S. ebenfalls nicht.

§ 826 kommt auf keinen Fall in Frage, denn S. fügt dem L. nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zu.

Also besteht weder ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, noch auf Schadensersatz wegen unterlassener Rücksendung. S. war nicht zur Rücksendung verpflichtet, es ist lediglich eine Gefälligkeit von ihr, wenn sie es doch tut.

II. Hat nun S. einen Anspruch auf Auszahlung des Gewinns? Sie hatte das Los zunächst weder bezahlt, noch sonst einen Annahmewillen gezeigt. Aus einem gültigen Kaufvertrag über das Los vor der Ziehung kann sie also keine Ansprüche geltend machen (vgl. oben).

Wenn sie nun nach der Ziehung die Zahlung des Kaufpreises anbietet, ist das dem L. gegenüber unbillig und ein Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten. Sie kann nicht das Angebot, das sie vorher nicht angenommen hat, plötzlich doch noch annehmen, weil die Lage nun für sie günstig ist. Ein Loskauf ist nur gültig, wenn der Kaufvertrag vor der Ziehung zustandegekommen ist. Das ergibt sich aus der Natur des Lotteriespiels. Wenn man nach der Ziehung, falls das Los gewinnt, noch annehmen könnte, würde sich die ganze Lotterie erübrigen. Denn es ist ja gerade das Wesen der Lotterie, daß der Käufer vorher das Risiko übernimmt, auch auf die Gefahr hin, daß das Los nicht gewinnt. Der Loskauf ist ein Chancenkauf, der Käufer kauft bedingungslos das Los mit der Chance des Gewinns, aber auch mit der Möglichkeit des Verlustes. Wenn man jedesmal warten könnte, ob das Los gewonnen hat, und sich dann erst zum Kauf entschließt, wäre damit das Wesen der Lotterie zunichte gemacht. Insofern ist beim Lotteriekaufvertrag für die Annahme durch die Ziehung eine Frist gesetzt im Sinne des § 148 BGB, und es kann nur bis zu diesem Zeitpunkt angenommen werden. Nach der Ziehung kann S. also das Angebot des L. nicht mehr annehmen.

Nach § 150, I BGB gilt eine verspätete Annahme als ein neuer Antrag. Also wäre danach das Anerbieten der S. ein neues Vertragsangebot dem L. gegenüber. Das ist es aber eigentlich nicht, denn der Grund des Antrages ist bereits entfallen, nämlich Kauf eines Loses, der ein Chancenkauf ist. Nach der Ziehung kann man kein Los mit der Gewinnchance mehr kaufen, und das ist doch im Sinne eines solchen Kaufvertrages. In dem Los mit der Nummer wird der Gegenstand des Kaufes, die Gewinnchance, nur verkörpert. Nach der Ziehung ist das Los eben keine Verkörperung der Gewinnchance mehr, sondern lediglich ein Stück Papier. Also erübrigt sich auch ein Angebot auf einen Kaufvertrag.

Die Studentin hat also keinen Anspruch auf Auszahlung des Gewinns.

„Ich klage an".

Aus dem Kameradenkreis ist uns die folgende Zuschrift zugegangen, die wir mit Zustimmung des Einsenders ebenso wie unsere Antwort allen Kameraden zur Kenntnis bringen möchten. Wir stellen die behandelten Fragen hiermit zur Diskussion und würden uns freuen, wenn der eine oder andere Leser sich hierdurch ebenfalls zu einer Stellungnahme veranlaßt sähe und uns seine Ansicht zur Weitergabe an den Einsender oder zur Veröffentlichung an dieser Stelle mitteilen würde.

Alle erinnern sich sicher noch an den Film „Ich klage an", der zur Zeit seiner Erstaufführung großes Interesse erregte. Damals waren wir uns über die juristischen Probleme noch nicht im Klaren. Heute, angeregt durch eine Wiederaufführung des Filmes, möchte ich zu diesem umstrittenen Thema

Stellung nehmen, da ich glaube, daß diese Frage nicht nur in Juristenkreisen Interesse finden wird, zumal dieses Problem schon oft in der Weltliteratur behandelt wurde.

Rufen wir uns zunächst den Sachverhalt in Erinnerung. Die Frau des Prof. Dr. med. Heyt erkrankt an einer schweren Krankheit, die nach Ansicht von maßgebenden Fachleuten nach menschlichem Ermessen als unheilbar zu bezeichnen ist. Im Laufe der Krankheit treten zu der immer fortschreitenden Lähmung der Glieder auch noch Lähmungserscheinungen der Atmungsorgane, so daß die Kranke unter furchtbaren Erstickungsanfällen leidet. Sie weiß, daß ihre Krankheit unheilbar ist, und bittet ihren Mann, sie, wenn es so weit wäre, zu töten. Im letzten Stadium der Krankheit steigern sich die Beschwerden immer mehr, und der Professor entschließt sich, sie zu töten.

Die Staatsanwaltschaft erhebt die Anklage des Mordes. Durch Zeugenaussagen ergibt sich eindeutig, daß Frau Heyt ausdrücklich und bei vollem Bewußtsein die Tötung verlangt hatte. Ist Prof. Heyt ein Mörder oder muß ein Freispruch erfolgen?

In Beantwortung dieser Frage seien zunächst die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen angeführt. Die reichseinheitlichen Vorschriften der Tötungsdelikte unterscheiden zwischen Mord und Totschlag.

§ 211 RStGB: (Mord). Der Mörder wird mit dem Tode bestraft. Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.

Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.

§ 212 RStGB: Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

Danach schaltet Mord hier schon deshalb aus, weil die besonderen Voraussetzungen des § 211 offenbar nicht gegeben sind. Es fragt sich also, ob ein Delikt nach § 212 RStGB vorliegt. Hierzu ist zu berücksichtigen, daß nach unserem Strafrecht die Tötung auf Verlangen besonders behandelt wird. Eine reichseinheitliche Vorschrift gibt es insoweit noch nicht. Die Vorschrift des Altreichs lautet:

§ 216 StGB: Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen.

Der Versuch ist strafbar.

Die österreichische Vorschrift lautet:

§ 139 a öStGB: Wer einen anderen auf sein ausdrückliches und ernstliches Verlangen tötet, macht sich des Verbrechens der Tötung auf Verlangen schuldig und wird mit schwerem Kerker von 5 bis 10 Jahren bestraft.

Nach dem vorliegenden Sachverhalt liegt hier einwandfrei Tötung auf Verlangen vor, da Prof. Heyt die Tat auf ausdrücklichen Wunsch seiner

Gattin ausführte. Totschlag würde nur vorliegen, wenn dieses Verlangen überhaupt nicht oder von einer nicht voll entschlußfähigen Person gestellt worden wäre. Prof. Heyt hätte also danach nach Altreichsrecht eine Mindeststrafe von 3 Jahren Gefängnis, nach österreichischem Recht sogar eine Zuchthausstrafe von mindestens 5 Jahren zu erwarten. Nur im Wege der Begnadigung könnte nach geltendem Recht der Spruch des Gerichtes gemildert werden.

Kann diese Lösung wohl menschlich befriedigen, wenn man bedenkt, daß Prof. Heyt in Wirklichkeit seiner Gattin nur eine Wohltat erwies? Ist in einem solchen Falle ein Freispruch möglich? Nein! Dieser Zwiespalt zwischen formaljuristischer Auslegung und der berechtigten menschlichen Regung zeigt offenbar eine Gesetzeslücke auf. Bei der Häufigkeit ähnlich gelagerter Fälle wäre es angezeigt, dem Richter durch eine neue gesetzliche Regelung eine Handhabe zu geben, auch juristisch die Tat in einem solchen Falle als gerechtfertigt anzusehen. Freilich birgt eine solche Bestimmung große Gefahren in sich, wenn der Kreis dieser Fälle nicht schon im Gesetz in klarer Weise auf ein Mindestmaß beschränkt wird. Außerdem müßte die Freiwilligkeit des Entschlusses des Kranken unerläßliche Vorbedingung des Verfahrens sein. Dem Arzt kann nur vom ärztlichen Standpunkte aus eine beratende und allenfalls befürwortende Stimme zugebilligt werden. Nie darf dem Entschlußrecht des Kranken über dieses höchstpersönliche Problem vorgegriffen werden. Eine gewisse Parallele bietet das Erbgesundheitsgesetz. In gewissen Fällen kann nämlich nach diesem Gesetz unter Zustimmung der Mutter eine Abtreibung vorgenommen werden, wenn sie das Erbgesundheitsgericht gut heißt.

Die einschlägige Vorschrift des Gesetzes lautet:

§ 10 a Abs. 1 SterilG: Hat ein Erbgesundheitsgericht rechtskräftig auf Unfruchtbarmachung einer Frau erkannt, die zur Zeit der Durchführung der Unfruchtbarmachung schwanger ist, so kann die Schwangerschaft mit Einwilligung der Schwangeren unterbrochen werden, es sei denn, daß die Frucht schon lebensfähig ist oder die Unterbrechung der Schwangerschaft eine ernste Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Frau mit sich bringen würde.

Ich stelle mir eine gesetzliche Lösung für unser Thema ungefähr so vor:

Bei Fällen von hoffnungsloser Krankheit, die mit unerträglichen Schmerzen für den Kranken verbunden ist und bei der trotz Anwendung der neuesten medizinischen Errungenschaften eine Heilung oder Linderung nicht möglich ist, kann der Kranke, wenn er im Vollbesitze seiner geistigen Kräfte, also voll geschäftsfähig ist und sich bei klarem Bewußtsein befindet, einen Antrag auf Tötung an das zu schaffende Gesundheitsgericht stellen. Dieser Antrag kann natürlich ganz formlos geschehen. Es genügt eine Beemerkung zu einem Verwandten oder Arzt. Auf jeden Fall muß aber der klare, ausdrückliche Wille des Kranken zu Tage treten. Das Gericht müßte aus einem Richter und einer Anzahl von Fachleuten bestehen. Gibt das Gericht dem Antrag statt, so ist der Eingriff von einem Amtsarzt in einer staatlichen Krankenanstalt in kürzester Frist auszuführen. Der Antrag kann vom

Kranken jederzeit widerrufen werden. Nur ein in dieser Form bewilligter Eingriff zieht keine Strafbarkeit nach sich. Werden diese Vorschriften jedoch nicht beachtet oder umgangen, so liegt entweder das Verbrechen des Mordes, Totschlag oder Tötung auf Verlangen vor. V. H.

Antwort der Fernbetreuungsstelle:

Ihr Brief behandelt ein verhältnismäßig schwieriges Problem, zu dem durchaus verschiedene Meinungen möglich und vertretbar sind. Ich habe jedoch etwas Bedenken, wenn Sie das Problem „als Zwiespalt zwischen formaljuristischer Auslegung und berechtigter menschlicher Regung" bezeichnen. M. E. liegt die Frage doch tiefer und Ihre weiteren Ausführungen deuten eigentlich auf eine gleiche Auffassung. Es ist der Konflikt zwischen dem durchaus ethisch begründeten allgemeinen und grundsätzlichen Gebot, keinen Menschen zu töten, und dem Wunsch, einen geliebten Menschen von schrecklichen Qualen zu befreien. Dabei kann man natürlich sehr wohl der Meinung sein, daß das erste Gebot, das wir ja im allgemeinen bei allen Völkern und zu allen Zeiten uneingeschränkt finden, höher steht, und daß ein Eingriff in das Leben auch unter den geschilderten Umständen nicht zu verantworten ist. Dafür können entweder religiöse Motive ins Feld geführt werden, sofern eben auch das über einen Menschen verhängte Leiden zu seinem Schicksal gehört und ein anderer dieses Schicksal, das möglicherweise von tiefer gehender Bedeutung für die innere Entwicklung des Kranken ist, nicht verändern soll. Über den tieferen Sinn des Leidens finden Sie ja in den verschiedensten Philosophien und Religionen ernsthafte Auseinandersetzungen. Gewiß kann man dagegen auf der anderen Seite einwenden, daß es hier eine Grenze gibt, die überschritten ist, wenn die Qualen der Krankheit zu groß werden und der Verlauf absolut hoffnungslos ist. Immerhin ist eben die große Schwierigkeit, dann im einzelnen Fall zu bestimmen, wo diese Grenze wirklich liegt.

Davon abgesehen ist es bei dem heutigen Stand der ärztlichen Forschung keineswegs ausgeschlossen, daß plötzlich ein Heilmittel gegen eine bisher als unheilbar bezeichnete Krankheit entdeckt oder entwickelt wird. Ein entsprechender Fall ist ja in der bekannten Novelle von Storm „Das Bekenntnis" behandelt worden. Dann entsteht doch hinterher für denjenigen, der die Tötung auf Verlangen durchgeführt hat, die Frage, ob sein Handeln wirklich richtig war.

Vielleicht handelt es sich ja auch in den Fällen, wie der Film einen schildert, um ausgesprochene Einzelfälle. Deshalb ist es wohl doch gefährlich, auf dieser Grundlage eine allgemeine Ermächtigung zur Tötung auf Verlangen aufzubauen. Wie Sie selbst sagen, ist die Gefahr des Mißbrauchs außerordentlich groß, und Sie selbst versuchen ja, diesen durch die Einschaltung eines besonderen Gerichts auszuschalten. Das von Ihnen vorgeschlagene Verfahren wäre sicher geeignet hierzu. Es erscheint mir aber praktisch gesehen recht umständlich. Ich könnte mir denken, daß Fälle eintreten, in denen die Entscheidung über die Tötung auf Verlangen inner-

halb sehr kurzer Zeit gefällt werden muß, wenn sie dem Kranken noch die ersehnte Erleichterung bringen soll. Ob das bei dem vorgesehenen Kollegium durchführbar ist, insbesondere, wenn man berücksichtigt, daß die ärztlichen Ansichten über die Heilbarkeit und Unheilbarkeit mancher Krankheiten auseinandergehen, ist mir zweifelhaft. Ferner erscheint es mir auch bedenklich, daß „eine Bemerkung des Kranken zu einem Verwandten oder Arzt" für einen Antrag auf Tötung auf Verlangen genügen soll. Gerade an dieser Stelle muß die Ausschaltung eines evtl. Mißbrauchs z. B. durch Erbschleicher oder verfeindete Verwandte einsetzen. Ich würde also besonderes Gewicht darauf legen, daß eine objektive Feststellung des freien Willens des Kranken gewährleistet wird. Es müßte daher gerade diese Erforschung des Willens wohl einer unparteiischen Person, dem Richter oder evtl. einem Arzt, übertragen werden. Dabei muß man auch berücksichtigen, daß der Kranke möglicherweise während eines Schmerzensanfalles eine entsprechende Bemerkung macht, die bei klarer Überlegung seinem Willen nicht entspricht.

v. B.

Aus dem Kollegheft: Personen- und Familienrecht

Von Professor Dr. W. Siebert, Universität Berlin.

1. Abschnitt: Einführung.

§ 1. Gliederung und Einheit der Rechtsordnung

I. Die Gliederung der Rechtsordnung.

Die Rechtsordnung ist inhaltlich gleichbedeutend mit der Lebensordnung unseres Volkes. Daher müssen Aufgabe, Inhalt und Gliederung des Rechts den richtig erkannten Lebensgesetzen und Lebensbereichen des deutschen Volkes entsprechen. Die Gliederung des Rechts bestimmt sich dann nach den verschiedenen Funktions- und Sachbereichen der Volksordnung. Von dieser Grundauffassung aus können wohl vier Hauptbereiche der Rechtsordnung unterschieden werden:

1. Der Bereich des hoheitlichen Rechts.

Er umfaßt die Rechtseinrichtungen und Rechtsverhältnisse, an denen Partei, Staat, Gemeinden oder sonstige Hoheitsverbände gerade in ihrer Eigenschaft als Träger hoheitlicher Gewalt beteiligt sind. Es gehören also hierher:

a) Der Aufbau (die Organisation) der Träger hoheitlicher Gewalt: der Führer, die verschiedenen hoheitlichen Aufgabenträger (Partei, Staat, Wehrmacht, Gemeinden, Körperschaften). Dies ist der Bereich der Verfassung im engeren (organisatorischen) Sinne. Die Tätigkeiten dieser hoheitlichen Aufgabenträger, insbesondere Art und Grenzen der Mittel, mit denen sie ihre Aufgaben erfüllen, bilden den Bereich der Verwaltung. Besonders wichtig innerhalb der Verwaltung: die Polizei. Beauftragt mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt: die Beamten.

b) Vom einzelnen Volksgenossen her gesehen ist dieser Bereich typisch gekennzeichnet durch Über- und Unterordnung, durch Befehl und Gehorsam, durch die sog. öffentlichen Rechte und Pflichten: Jugenddienstpflicht, Schulpflicht, Wehrpflicht, dann Partei, SA, ʃʃ, Gemeindezugehörigkeit, Steuerpflicht.

2. Der Bereich der Familie und der Persönlichkeit.

a) Der Volksgenosse wird in die Familiengemeinschaft hineingeboren: die Familienzugehörigkeit bestimmt entscheidend seine Rechtsstellung. Er wächst innerhalb der Familie auf (elterliche Erziehung und Vertretung), aber auch nach Volljährigkeit bleiben wichtige familienrechtliche Wirkungen bestehen (Unterhaltspflicht, Erbrecht). Er gründet dann durch Eheschließung eine neue Familie. Der Bereich der Familie ist typisch gekennzeichnet durch die Bluts- und Lebensgemeinschaft zwischen den Verwandten und Ehegatten. Der Kern des Familienrechts sind also das Eltern- und Kindesrecht und das Eherecht.

b) Da der einzelne sich am unmittelbarsten aus dieser Gemeinschaft heraus entwickelt (Abstammung), stehen die Grundsätze über den Volksgenossen als Persönlichkeit (das sog. Personenrecht) mit dem Familienrecht in engem Zusammenhang. Immerhin bildet das Personenrecht m. E. in vieler Hinsicht einen selbständigen Bereich, der, jedenfalls für die Zwecke der Vorlesung, vor dem Familienrecht beandelt wird. Zum Personenrecht gehören die besonderen Werte, Aufgaben und Fähigkeiten, die aus dem Wesen der Persönlichkeit fließen: die Fähigkeit zur Teilnahme an der Rechts- und Gemeinschaftsordnung, das Hineinwachsen in die volle Verantwortung, Ehre, Name, Arbeitskraft, überhaupt der Schutz der Persönlichkeit.

Zu a) und b): Dieser Bereich bildet also den Gegenstand der Vorlesung: Personen- und Familienrecht.

c) Wahrscheinlich gehört in diesen Bereich auch das Jugendrecht, obwohl seine Eigenart wesentlich darin besteht, daß es durch alle Sachgebiete des Rechts hindurchgeht und sie, soweit es sich um Jugendliche handelt, jugendgemäß gestaltet. Vgl. Siebert, Grundzüge des Deutschen Jugendrechts, 3. Aufl. 1943 (4. Aufl. in Vorbereitung).

3. Der Bereich des Berufs-, Arbeits-, Kultur- und Wirtschaftslebens.

a) Der Volksgenosse hat die Pflicht, im Dienste der Gemeinschaft zu arbeiten, zu schaffen. Dabei ist er meist in irgendwelche Berufs- und Arbeitsgemeinschaften eingeordnet, die nicht selten einen berufsständischen Charakter tragen (wobei man allerdings gegenüber dem berufsständischen Gedanken, weil er aus früherer Zeit „belastet" ist, Vorsicht walten lassen muß).

b) Dieser, in besonderem Sinne „soziale" Bereich der engeren Berufs- und Arbeitsgemeinschaften innerhalb der Volksgemeinschaft umfaßt also etwa

den Bauern, den Künstler, den Unternehmer, den Arbeiter und Angestellten. Er ist rechtlich typisch gekennzeichnet durch die Einordnung in bestimmte Gemeinschaften, bei denen sowohl sachlichrechtlich wie organisatorisch die Entfaltung dieser Gemeinschaften durch die Mittel der Führung, die staatliche Lenkung und die Selbstgestaltung (ständische Selbstverwaltung) eine große Rolle spielen. Beispiel: Das Arbeitsverhältnis innerhalb der Betriebsgemeinschaft, seine Entfaltung und Gestaltung durch Partei (DAF.), Staat (Reichstreuhänder und Arbeitsamt) und Betrieb (Unternehmer als Betriebsführer und Gefolgsmann); vgl. Siebert, Die deutsche Arbeitsverfassung, 1942. Man kann diesen Bereich „Sozialrecht" nennen. Es gehören dazu also z. B. Bauernrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, Kulturrecht.

4. Das allgemeine volksgenössische Vermögensrecht; der volksgenössische Rechtsverkehr.

a) Der Volksgenosse bewegt sich täglich in einem Bereich, der nicht typisch durch hoheitliche Gewalt geprägt ist, bei dem seine Familienzugehörigkeit, das Wesen seiner Persönlichkeit und seine berufliche Tätigkeit nicht wesentlich in Erscheinung treten: Das ist der allgmeine Rechtsverkehr unter den Volkgenossen. Dieser Bereich ist kein bloßer „Restbereich", sondern er wird bestimmt durch die positive Aufgabe des volksgenössischen Vermögensverkehrs.

b) Dieser Vermögensverkehr beruht auf der rechtlich geschützten vermögensrechtlichen Rechtsstellung des einzelnen, insbesondere auf Eigentum und Besitz an Grund und Boden und an beweglichen Sachen, auf Innehabung von Forderungen und sonstigen Rechten. Auf dieser Grundlage findet dann unter den Volksgenossen ein Güterverkehr, insbesondere ein Güterumsatz statt: Kauf, Tausch, Miete, Darlehn usw. Zu dem vermögensrechtlich bedeutsamen Verkehr unter Volksgenossen gehört ferner die Geschäftsbesorgung für einen anderen. Diesen Rechtsbereich nennen wir bürgerliches Recht oder volksgenössisches Recht im engeren Sinne. Er bildet das Kernstück des BGB. Vorlesungsmäßig und systematisch kann er in sich folgendermaßen gegliedert werden:

Vermögensrecht I Vertrag und Unrecht (oder Vertrag und Haftung);
Vermögensrecht II Güterumsatz, bisher: Ware und Geld;
Vermögensrecht III Die vermögensrechtlichen Teile des Bodenrechts.

Zu beachten ist jedoch, daß der Boden in vieler Hinsicht gerade aus dem allgemeinen Vermögensrecht herausgehalten werden muß: Der Boden ist keine Ware, vielmehr Grundlage der Raumordnung, des Wohnungswesens usw. Vgl. Wieacker, Bodenrecht [Grundriß]), 1937.

Jedenfalls ist dieser Bereich rechtlich typisch gekennzeichnet durch die vermögensrechtlichen Rechtsstellungen und Beziehungen der Volksgenossen, die diese im Rechtsverkehr untereinander mit eigenen Mitteln und unter eigener Verantwortung gestalten.

c) Der Gedanke der Veranwortung leitet noch über zu dem Begriff „Unrecht". Wenn ein Volkgenosse einem anderen gegenüber die Pflichten verletzt, die ihm diesem anderen gegenüber im Interesse eines geordneten Zusammenlebens auferlegt sind (unerlaubte Handlung) oder die er besonders übernommen hat (Vertragsverletzung), muß er dem anderen Schadensersatz leisten. Es gibt allerdings sehr verschiedene Arten des Unrechts und auch Fälle der Schadensersatzpflicht ohne Unrecht, so daß als der gemeinsame Grundgedanke dieser Fälle wohl besser die Haftung herauszustellen ist.

Zu a) bis c): Einzelheiten in der Vorlesung „Vertrag und Unrecht", die mit einer besonderen Einführung in das volksgenössische Vermögensrecht beginnt.

5. Das Recht der Verbände.

Als fünften Bereich kann man vielleicht das Recht der auf freiwilligem Zusammenschluß beruhenden Personenverbände (und das Recht der Stiftungen) ansehen. Allerdings stehen solche Verbände meist in den zu 3 und 4 entwickelten Bereichen (Zusammenschlüsse zu beruflichen, wirtschaftlichen, kulturellen Zwecken); sie werden dementsprechend auch vorlesungsmäßig dort behandelt, z. B. die Handelsgesellschaften im Handelsrecht. Immerhin bleibt wohl ein allgemeiner Bereich der Vereine und Gesellschaften. Vgl. auch BGB §§ 20 ff., 54, 705 ff. — Die Körperschaften gehören in den hoheitlichen Bereich; vgl. W. Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., 1943.

II. Die Einheit der Rechtsordnung.

Über der notwendigen Gliederung der Rechtsordnung darf ihre Einheit nicht in den Hintergrund treten, denn die Rechtsordnung ist — wie die Lebensordnung des Volkes — eine gegliederte Einheit.

1. Schon Gemeinschaft und Persönlichkeit — Volksgemeinschaft und Volksgenosse — bilden bei aller möglichen Spannung eine Einheit, sie sind unlöslich miteinander verbunden. Es gibt nach deutscher Auffassung keine Gemeinschaft ohne Persönlichkeiten, keine Persönlichkeit ohne Gemeinschaft.

2. Die gegliederte Einheit der Volks- und Rechtsordnung ist die Verfassung (im weiteren Sinne). Dazu gehören dann also nicht nur die Organisation der Träger hoheitlicher Gewalt, sondern alle für die Volksordnung wesentlichen Kräfte und Einrichtungen, also z. B. auch die Grundsätze über Familie, Eigentum, Arbeitsverhältnis (in diesem Sinne wird die Verfassung z. B. in dem Grundriß von E. R. Huber, Die Verfassung des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage 1939, 3. Auflage in Vorbereitung, dargestellt).

3. Die einzelnen Bereiche der Rechtsordnung stehen nicht getrennt nebeneinander. Beispielsweise wird der allgemeine volksgenössische Vermögensverkehr in weitem Umfange durch hoheitliche Einwirkung der (Wirtschafts-) Verwaltung mitgestaltet (Höchstpreise, behördliche Genehmigung von Ver-

äußerungsgeschäften usw.); ferner spielt etwa im Familienrecht auch das Vermögensrecht eine wichtige Rolle (Ehegüterrecht, elterliche Verwaltung des Kindesvermögens). Es kommt in solchen Fällen immer auf die typischen und die wesensmäßig überwiegenden Merkmale an. Das Erbrecht steht allerdings nahezu in der Mitte zwischen Familien- und Vermögensrecht: es ist einmal sehr stark Familienerbrecht, andererseits die Fortführung wesentlicher Grundsätze des Vermögensrechts.

III. Das Strafrecht.

1. In gewisser Weise zeigt sich die Einheit der Rechtsordnung auch im Strafrecht: Das Strafrecht schützt die Gemeinschaftsordnung im Ganzen und in ihren einzelnen Gliedern und Werten. Es bildet also keinen Bereich der Rechtsordnung der zu I dargestellten Art, sondern steht gewissermaßen am Ende jedes Einzelbereichs, den es dann aber durch die gemeinsamen Grundzüge des Strafschutzes in die Gesamtordnung einmünden läßt. Das Strafrecht schützt durch seine Strafandrohungen ebenso die Tätigkeit des Staates und seiner Beamten wie die Familie, die Ehe, die Mutterschaft, die Ausübung des Berufes, die Arbeitskraft und das Vermögen des einzelnen Volksgenossen (es fragt sich allerdings, ob das Strafrecht sich in dem Schutzzweck erschöpft; tiefer liegt der Gedanke der Ahndung von Pflichtverletzungen).

2. Diejenigen Bestimmungen des Strafrechts, die dem Schutz des Vermögens dienen (z. B. die Bestimmungen über Diebstahl, Betrug, Untreue usw.) zeigen deutlich den Unterschied zwischen dem Strafrecht und dem bürgerlichen Recht. Der Dieb wird bestraft, weil er gegen das Gebot, das Eigentum des anderen zu achten, verstoßen und damit eine für das geordnete Leben der Volksgemeinschaft wesentliche Pflicht verletzt hat; den Anspruch des Bestohlenen auf Ausgleich der Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung — Anspruch auf Herausgabe, Schadensersatz usw. — regelt das bürgerliche Recht. Auch die gerichtlichen Verfahren stehen nebeneinander: Strafverfahren vor dem Strafgericht — bürgerliches Streitverfahren (Zivilprozeß) vor dem Zivilgericht.

§ 2. Oeffentliches Recht, bürgerliches Recht und Gemeinrecht, Personen- und Vermögensrecht

I. Öffentliches Recht und Privatrecht.

Das Personen- und Familienrecht sowie das allgemeine Vermögensrecht sind zwar zweifellos in gewissem Sinne Privatrecht, sie stehen aber doch niemals der Gesamtordnung irgendwie getrennt oder gar wesensfremd gegenüber. Auf einer solchen Vorstellung beruhte die frühere Gegenüberstellung von öffentlichem Recht und Privatrecht; diese Gegenüberstellung muß jedoch abgelehnt werden, denn ein „staatsfreier" Wirkungskreis ist in der Volksgemeinschaft nicht möglich. Das bedeutet allerdings nicht,

daß es nur noch öffentliches Recht gäbe; vielmehr wäre es ein verhängnisvoller Irrtum, wenn man „öffentliches Interesse" und „öffentliches Recht" gleichsetzen wollte und meinen würde, der beherrschende Gesichtspunkt des Wohles der Gesamtheit der Volksgemeinschaft mache stets eine öffentlich-rechtliche Gestaltung erforderlich! Diese Auffassung müßte notwendig zum Kollektivismus führen; sie ist daher vom deutschen Gemeinschaftsgedanken aus radikal abzulehnen. Demgegenüber gibt der richtig verstandene Gedanke der Einordnung des Einzelnen in die Volksgemeinschaft, der den Einzelnen also als „Volksgenossen" sieht, dem „Privatrecht" einen neuen positiven Sinn: Privatrecht — besser also: volksgenössisches Recht — liegt immer dort vor, wo die verantwortliche Selbstgestaltung durch den einzelnen Volksgenossen eine wesentliche Rolle spielt.

Der Gedanke der Einordnung des Einzelnen in die Gesamtordnung und der verantwortlichen Selbstgestaltung bedeutet eine neue Begründung und eine neue Rechtfertigung des Privatrechts. Es ist nun nicht mehr die von Gemeinschaftsbindungen freie Sphäre, sondern es ist ein Stück der Gemeinschaftsordnung selbst. Das neue Recht der Volksgemeinschaft hat daher für das Privatrecht nicht die hemmende Funktion, die Entfaltung des Einzelnen zu begrenzen, sondern es verleiht den Volksgenossen um der Ziele des Gesamtwohls willen einen Lebenskreis zu selbstverantwortlicher Ausfüllung und Gestaltung. Vgl. Siebert, Wandlungen im bürgerlichen Recht seit 1933, Dtsch. Recht 1944 S. 5 ff.

II. Zum Begriff des Gemeinrechts.

1. Der „gemeinrechtliche" Charakter des deutschen Privatrechts besteht in Folgendem: gerade unter dem Gesichtspunkt der Berufung zu verantwortlicher Selbstgestaltung enthält das Privatrecht Rechtsnormen, die grundsätzlich für alle Volksgenossen gleichmäßig gelten, ohne Rücksicht auf den Beruf und die aus ihm hervorgehende besondere Rechtsstellung. Damit hebt sich das volksgenössische Recht — eben als Gemeinrecht — ab von den Sonderordnungen, z. B. vom Bauernrecht, Handwerksrecht, Kaufmannsrecht, und bringt zum Ausdruck, daß hinter und über jeder Sonderordnung das allen Volksgenossen gemeinsame Recht steht. Das volksgenössische Recht will das Gewöhnliche und Regelmäßige im Leben des Volksgenossen hervorheben und erfassen, sein Leben als ehrbarer Volksgenosse auf der breiten Straße von der Geburt bis zum Tode begleiten, sein Leben in der Familie und in der Ehe, sein Leben in Heim, Beruf, Geschäftsleben und im Verkehr regeln und ihm allenthalben helfend zur Seite stehen (H. Lange).

2. Man kann allerdings den Begriff des Gemeinschaftsrechts noch sehr viel weiter fassen und darunter verstehen die Ordnung, in der die Volksgenossen miteinander in engeren Gemeinschaften und als selbständige Persönlichkeiten leben. Dann gehören zum Gemeinrecht nicht nur das Personen- und Familienrecht sowie das volksgenössische Vermögensrecht, sondern auch

das Recht des Berufes, der Arbeit und der Wirtschaft sowie das Recht der Verbände. Es gibt dann also hoheitliches Recht und Gemeinrecht. — Ich glaube jedoch, daß man die berufliche Rechtsstellung des Volksgenossen, die letzten Endes auf seiner Arbeit beruht, als besonderes Sozialrecht herausheben sollte, das dann mit dem Recht der Jugendberufserziehung beginnen und mit dem Recht der Altersversorgung enden müßte.

III. Personen- und Vermögensrecht.

Noch wenig entwickelt ist im neuen deutschen Rechtssystem die Unterscheidung zwischen Personen- und Vermögensrecht.

1. Das Personenrecht ist m. E. gekennzeichnet dadurch, daß der Volksgenosse hier als Persönlichkeit in Erscheinung tritt, vor allem sich selbst, seine Persönlichkeit, einsetzt. Im Unterschied dazu handelt es sich im Vermögensrecht um von der Persönlichkeit mehr oder weniger losgelöste Güter, die als Rechtsobjekte, Gegenstand der Rechte und Rechtsverhältnisse sind.

2. Zum Personenrecht gehören dann nicht nur das Recht der Persönlichkeit, sondern alle Gemeinschaften, denn nur der Einsatz der Persönlichkeiten zu einer gemeinsamen völkischen Aufgabe begründet eine echte Gemeinschaft (im Gegensatz zu der für einen Einzelzweck eingegangenen Verbindung). Ein gemeinsames Interesse an einem Rechtsobjekt kann niemals zu einer Gemeinschaft führen; daher ist das Kaufverhältnis trotz des gemeinsamen Interesses an dem Umsatz des Gutes, trotz der Verpflichtung zum Zusammenwirken nach Treu und Glauben, keine Gemeinschaft, erst recht nicht ist dies „Gemeinschaft" des BGB §§ 741 ff. Der echten, personenrechtlichen Gemeinschaft ist eigentümlich, daß sie kein Rechtsobjekt kennt; sie besteht in dem ständigen „Sich-Widmen" der Persönlichkeiten, die damit in gewisser Weise in der Gemeinschaft aufgehen, sich in ihr aufheben.

3. Die stärksten Formen der Gemeinschaft sind die Volksgemeinschaft und die Familie; sie werden durch blutmäßige Abstammung begründet. Aber auch durch Zusammenschluß von Volksgenossen zu einer gemeinsamen Aufgabe, die den Einsatz der Persönlichkeit erfordert, können echte Gemeinschaften begründet werden. Dabei handelt es sich in erster Linie um Arbeitsgemeinschaften, denn die Arbeit ist die stärkste und deutlichste Form der Entfaltung und des Einsatzes der Persönlichkeit. Solche Arbeitsgemeinschaften sind z. B. die Unternehmergemeinschaft, die durch gemeinsamen Betrieb eines Unternehmens begründet wird (offene Handelsgesellschaft), die Arbeitsgemeinschaft zwischen Unternehmer und Gefolgsmann im Betriebe (Betriebsgemeinschaft), die Arbeitsgemeinschaft im Haushalt (soweit über die Familiengemeinschaft hinausgehend).

4. Wesentlich für die rechtliche Erfassung der Gemeinschaft ist also zunächst die gemeinschaftsbildende Kraft des gemeinsamen Persönlichseitseinsatzes; daran schließt sich die für Wesen und Methode unseres Rechts ausschlaggebende Erkenntnis von der

rechtsbildenden und rechtsdarstellenden Kraft der Gemeinschaft: die Wesensgesetze der Gemeinschaft, ihre „Ordnung", sind unmittelbar Recht. Praktisch tritt dies vor allem darin in Erscheinung, daß die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft eine umfassende Treupflicht begründet.

5. Der Unterschied zwischen dem Personenrecht und dem Vermögensrecht liegt hiernach in Folgendem:

Das Personenrecht ist gekennzeichnet durch das Sein, das Sicheinsetzen, die Entfaltung der Kräfte der Persönlichkeit als Einzelner und im Zusammenwirken. Je vollständiger der Einzelne sich einsetzt — von der gesamten Lebensführung (Ehe) bis zum Einsatz der Arbeitskraft — desto umfassender (totaler) und tiefer ist die Gemeinschaft. Das personenrechtliche Rechtsverhältnis ist subjektbestimmt (persönlichkeitsbestimmt).

Das Vermögensrecht ist gekennzeichnet durch das Haben, das Erwerben und Veräußern. Die vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse sind bestimmt und damit eng begrenzt durch die vermögenswerten Güter (Objekte). Das vermögensrechtliche Rechtsverhältnis ist objektbestimmt, die Persönlichkeit wird hineingezogen, soweit es der durch das Objekt bestimmte Zweck erfordert.

Daraus ergeben sich wichtige praktische Unterschiede:

a) Viele, anscheinend ganz allgemeine Rechtssätze des BGB sind in Wahrheit auf vermögensrechtliche Rechtsverhältnisse zugeschnitten, passen also nicht auf personenrechtliche Rechtsverhältnisse (die überhaupt vom BGB nicht oder allenfalls in Ansätzen erkannt sind). Hierher gehören: alle auf Güteraustausch zugeschnittenen Bestimmungen, z. B. §§ 323 ff. BGB; die Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 BGB, im Personenrecht gibt es nur eine Aufhebung); zahlreiche Vorschriften, die Nichtigkeit als Folge bestimmter Tatbestände (Mangel der Geschäftsfähigkeit, Mangel der Form usw.) anordnen; die Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

b) Eine Bestätigung des Unterschiedes zwischen personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Rechtsverhältnissen sind folgende Rechtssätze:

Unzulässigkeit einer Vollstreckung bei Pflichten zum Einsatz der Persönlichkeit, vgl. § 888 ZPO; Aufhebung statt der früheren Anfechtung der Ehe; Aufhebung der Annahme an Kindes Statt (dazu Larenz, Ztsch. d. Akad. für dtsch. Recht 1939 S. 11). Der prozeßrechtliche Unterschied zwischen dem allgemeinen Zivilprozeß und dem sog. Status-Verfahren, das die Klarstellung gewisser grundsätzlicher Fragen zur Rechtsstellung des Volksgenossen (Abstammung usw.) betrifft und wobei das Urteil notwendig für und gegen jedermann wirkt.

c) Zweifellos und natürlicherweise gibt es Zwischenstufen und Übergänge, etwa das Wohnungsmietverhältnis, das zweifellos starke personen-

rechtliche Elemente aufweist. Wie bereits erwähnt, gibt es auch wichtige vermögensrechtliche Folgen bei personenrechtlichen Rechtsverhältnissen (Ehegüterrecht, Lohnanspruch im Arbeitsverhältnis).

IV. Schrifttum zu § 1 und § 2.

Dahm, Deutsches Recht (Einführung in die Rechtswissenschaft), 1944.

Larenz, Die Rechtsordnung als völkische Lebensordnung, in Erster Großdeutscher Rechtswahrertag 1939, S. 557.

Huber, Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, 1935.

Siebert, Das Recht der Familie und die Rechtsstellung des Volksgenossen, 3. Auflage 1944, besonders S. 1 (Einleitung), S. 13 (Schrifttum), S. 35 (Grundgedanken des Personenrechts).

§ 3. Aufbau des Personen- und des Familienrechts

I. Dem Personen- und dem Familienrecht gemeinsam sind die Fragen der Rasse und der Erbgesundheit. Sie treten vor allem in Erscheinung bei der Abstammung und im Recht der Eheschließung.

II. Die durch Abstammung bestimmte Rechtsstellung des Volksgenossen, des Reichsbürgers, ist der Kern des Personenrechts.

1. Im weitesten Sinne umfaßt die Rechtsstellung des Volksgenossen die gesamten Bereiche der Rechtsordnung (vgl. oben § 1): der Volksgenosse ist — eben als Volksgenosse — wehrpflichtig, steuerpflichtig, Mitglied der Partei; er ist Ehemann und Familienvater; er steht in seinem Beruf; er beteiligt sich im allgemeinen Rechts- und Vermögensverkehr. Bei allen diesen Aufgaben und Tätigkeiten wahrt er seine Ehre, aber auch sein Hab und Gut und trägt die Verantwortung für sein Verhalten.

Zum Personenrecht im engeren Sinne gehören daraus nur die Bereiche und Aufgaben, die es mit der Besonderheit der einzelnen Persönlichkeit zu tun haben: ihr Persönlichkeitswert, ihre rechtlich erheblichen Eigenschaften, ihre Verantwortlichkeit.

2. Unter den rechtlich erheblichen Eigenschaften steht am Anfang: die Rechtsfähigkeit. Darunter verstehen wir die Fähigkeit, als Persönlichkeit an der Rechtsordnung teilzunehmen, das Persönlichkeit-Sein, zum Unterschied von dem Gegenstand, der nie Subjekt, sondern nur Objekt der Rechtsordnung sein kann. Die volle Rechtsfähigkeit kommt nur dem deutschen Volksgenossen zu, der im Vollbesitz seiner Ehre ist. Insofern sind Rasse (Abstammung) und Ehre Grundlagen der Rechtsfähigkeit.

Für die Rechtsfähigkeit und die Rechtsstellung des Volksgenossen sind noch weitere Eigenschaften der Persönlichkeit bedeutsam.

3. Zu dem Persönlichkeit-Sein muß für die volle Rechtsstellung des Volksgenossen noch hinzutreten die Verantwortlichkeit (Mündigkeit); diese äußert sich rechtlich vor allem in der Fähigkeit, durch eigenes Verhalten

Rechtswirkungen hervorzurufen: Verträge zu schließen, Pflichten zu übernehmen, Rechte zu erwerben, zu übertragen usw. Diese Fähigkeit nennt man Handlungsfähigkeit; sie wird stufenweise und für die verschiedenen Aufgabenbereiche in verschiedener Weise begründet mit dem Ergebnis, daß der Volksgenosse allmählich in die volle Verantwortung hineinwächst.

4. Schließlich gehört zum Personenrecht der Schutz der Persönlichkeit, insbesondere der Schutz von Ehre, Name, Arbeitskraft und Arbeitsergebnis.

5. Zu 2 bis 4: vgl. Hedemann — Lehmann — Siebert, Volksgesetzbuch, Grundregeln und Buch I: Personenrecht (Entwurf mit Begründung), 1942.

III. Das Familienrecht kann man sehr verschieden aufbauen, vor allem auch im Hinblick auf den Zusammenhang mit dem Personenrecht (beispielsweise gehört die Abstammung richtiger ins Personenrecht). Der Einfachheit halber folge ich hier und in meiner Gesetzsammlung noch weitgehend dem Aufbau der Gesetzgebung. Danach gliedert sich das Familienrecht folgendermaßen:

1. Begriff der Familie; die Verwandtschaft.

2. Die Abstammung (Familienzugehörigkeit).

3. Eherecht.
   a) Verlöbnis.
   b) Wesen und Wirkungen der Ehe.
   c) Eheschließung und Ehescheidung.

4. Das Eltern-Kindes-Verhältnis; die elterliche Erziehungspflicht.
   a) Allgemeine Stellung der ehelichen Kinder.
   b) Die elterliche Gewalt.
   c) Die unehelichen Kinder.

5. Die Jugendhilfe (Erziehungshilfe).
   a) Allgemeine Grundlagen, dabei die Behörden der Erziehungshilfe (Vormundschaftsgericht usw.), die Voraussetzungen der Erziehungshilfe.
   b) Die Mittel der Erziehungshilfe, besonders Schutzaufsicht und Fürsorgeerziehung.

IV. Grundrisse zum Personen- und Familienrecht:

Dietz, Personen- und Familienrecht, 1943 (2. Auflage in Vorbereitung).

H. A. Fischer, Personen-, Familien und Erbrecht (in dem Sammelwerk: Die Verwaltungsakademie), 2. Auflage 1941.

Isele, Familie und Familienerbe, 1938 (2. Auflage in Vorbereitung).

H. Lehmann, Familienrecht, 1926, und H. Lehmann, Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1933 (in einigen Teilen natürlich veraltet, aber in weiten Bereichen noch heute zu empfehlen).

FELDPOST-BRIEFE

der Juristischen Fakultät
der Universität Berlin

SONDERHEFT Nr. 2

Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Berlin
— Fernbetreuung —
Professor Dr. Siebert

Zuschriften an:
Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
— Fernbetreuung —
Berlin C2, Unt. d. Linden 6

Sonderheft Nr. 2

Lieber Kamerad!

Wir benutzen eine günstige Gelegenheit, um einmal wieder ein Sonderheft herauszubringen. Es ist ausschließlich dem Arbeitsrecht gewidmet. Das bedeutet, daß es gewisse Vorkenntnisse voraussetzt und für die Anfänger nicht in allen Teilen verständlich sein wird. Trotzdem glaube ich, daß auch die Anfänger wenigstens einen einigermaßen interessanten Eindruck von diesem rechtlich und sozialpolitisch so wichtigen Bereich unserer Volksordnung bekommen werden.

1. Das Heft beginnt mit einem Aufsatz über die arbeitsrechtliche Stellung der Einberufenen, der in der Zeitschrift „Deutsches Recht", Jahrg. 1943 S. 6 ff. erschienen ist. Ich hoffe, daß dieser Beitrag allgemein verständlich ist und es Ihnen vielleicht sogar ermöglicht, gelegentlich einem Kameraden einen praktischen Rat zu geben. Ich selbst habe jedenfalls im Jahre 1940 über dieses Thema ein kleines Buch veröffentlicht, zu dem ich während meiner Soldatenzeit (in den ersten Kriegsmonaten) durch zahlreiche Fragen aus dem Kreise der Kompaniekameraden angeregt worden war.

2. Die folgenden beiden Teile sind meinem arbeitsrechtlichen Kollegheft entnommen, das ich ebenso wie das Kollegheft über Vertrag und Unrecht für meine Hörer habe drucken lassen. Für Zwecke der Fernbetreuung stehen etwa 200 Exemplare zur Verfügung, die auf Anforderung gern versandt werden.

Im einzelnen handelt es sich zunächst um drei Abschnitte aus dem Bereich der staatlichen Arbeitsverwaltung. Neben der Arbeitsschutzverwaltung (Gewerbeaufsichtsämter) und der Sozialversicherungsverwaltung (vgl. Sonderheft Nr. 1) sind die Arbeitseinsatzverwaltung und die Reichstreuhänderverwaltung die Hauptzweige der staatlichen Arbeitsverwaltung. Es entwickelt sich nun seit einigen Jahren eine gewisse Verzahnung und Vereinheitlichung der staatlichen Arbeitsverwaltung. Ein weiteres, besonders interessantes Kapitel aus dem Arbeitsrecht bildet von je her die Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung. Deshalb habe ich auch diesen Abschnitt aus dem Kollegheft hier abgedruckt.

3. Schließlich möchte ich eine Übungsarbeit veröffentlichen, die aus der arbeitsrechtlichen Übung dieses Semesters stammt und das Prädikat „lobenswert" erhalten hat. Leider läßt es sich drucktechnisch nicht durchführen, meine Randbemerkungen bei der Korrektur mit zu veröffentlichen. Immerhin sind diese Randbemerkungen nicht sehr zahlreich, weil es sich eben um eine lobenswerte Arbeit handelt.

Beste Grüße und

Heil Hitler!

Berlin, Ende September 1944. *gez. Siebert.*

Die arbeitsrechtliche Stellung des Einberufenen

Von Professor Dr. Wolfgang Siebert, Berlin

I. Rechtsgrundlagen

Die VO. zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts (AbändVO.) vom 1. Sept. 1939 (RGBl. I, 1683) bestimmt in § 1 folgendes:

„Durch die Einberufung zu einer Dienstleistung im Wehrdienst wird ein bestehendes Beschäftigungsverhältnis (Arbeits-, Lehrverhältnis) nicht gelöst. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten ruhen für die Dauer der Einberufung. Die Abmachungen über die Gewährung einer Werkwohnung, die von dem Dienstverpflichteten oder seinen Familienangehörigen weiter benötigt wird, bleiben bestehen."

Ausdrücklich geregelt ist dann noch die Frage der Kündigung. § 2 der genannten VO. bestimmt dazu:

„Das Recht des Gefolgschaftsmitgliedes auf Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses bleibt im Falle der Einberufung zu einer Dienstleistung im Wehrdienst unberührt. Der Unternehmer kann das Beschäftigungsverhältnis nicht kündigen; der Reichstreuhänder der Arbeit kann Ausnahmen zulassen."

Zu diesen Bestimmungen sind zahlreiche ergänzende Erlasse des RArbM. sowie Anordnungen und Tarifbestimmungen der Reichstreuhänder der Arbeit ergangen. Sie betreffen z. B. die Arbeitsbücher der Einberufenen, die Gewährung von Urlaub vor der Einberufung und nach Rückkehr, die Wirkung der Einberufung auf ein durch Dienstverpflichtung begründetes Arbeitsverhältnis usw.

Obwohl auf diesen Wegen nicht nur die grundsätzliche Rechtslage, sondern auch viele Einzelfragen geregelt worden sind, haben sich mannigfache Lücken und klärungsbedürftige Punkte gezeigt, die der Rechtsprechung Anlaß zu wichtigen Entscheidungen gegeben haben.

Die folgenden Ausführungen wollen über diese Entscheidungen berichten und dabei gleichzeitig einen kurzen Überblick über die arbeitsrechtliche Stellung der Einberufenen überhaupt geben [1]).

---

[1]) Ausführliche Darstellung nach dem Stande von Mitte 1940, an dem sich danach nichts Grundsätzliches mehr geändert hat, bei Siebert, „Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst (Wehrdienst, Arbeitsdienst, Notdienst, Dienstverpflichtung und Luftschutzdienst in ihren Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis einschl. der Sozialversicherung)", Verlag Otto Elsner, Berlin, 1940. (Kurzer Überblick: DR. 1940, 1025.)

II. Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

1. Das Arbeitsverhältnis des Einberufenen erlischt nicht. Die rechts- und sozialpolitische Begründung dieses in § 1 AbändVO. ausgesprochenen Satzes liegt darin, daß der Wehrdienst die stärkste Auswirkung derjenigen Pflicht des Volksgenossen zum Einsatz für die Volksgemeinschaft ist, die auch die völkische Ethik und die rechtliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses darstellt. Die dadurch begründete innere Zusammengehörigkeit von Soldat und Arbeiter wird von der Rechtsordnung nicht nur im Grundsätzlichen anerkannt, sondern die Rechtsordnung ist dazu berufen, die einzelnen wichtigen Folgerungen herauszuarbeiten und sie durch klare Rechtssätze näher auszugestalten, abzugrenzen und zu sichern. Das geschieht auf den Gebieten des Versorgungsrechts, des Verfahrensrechts[2]) usw., ferner auch im Gebiete des Arbeitsrechts. Da die Einberufung zum Wehrdient zwar die tatsächliche Durchführung des Arbeitsverhältnisses vorübergehend unmöglich macht, da es sich aber um den Ruf zu einer dem Pflichtgedanken im Arbeitsverhältnis nicht wesensfremden, sondern im Grunde sogar wesensgleichen Aufgabe handelt, wäre es unmöglich, daß die Heimat ihre Tore dem Einberufenen verschließt, und daß er aus seiner Berufsstellung von anderen verdrängt wird. Vielmehr soll er die Gewißheit haben, daß er mit der Stätte seiner bisherigen täglichen Arbeit verbunden bleibt, so daß er nach der Rückkehr aus dem Felde, ohne erst darum bitten zu müssen, da weiterarbeiten kann, wo er aufgehört hat. Diese Sicherheit soll gleichzeitig seine Einsatzfreudigkeit im Kriegsdienst verstärken. Also muß das Arbeitsverhältnis bestehen bleiben.

2. Das Arbeitsverhältnis kann allerdings nicht durch tatsächliche Arbeitsleistung durchgeführt werden. Vor allem kann natürlich eine Pflicht zur Arbeitsleistung im Betriebe für die Zeit des Wehrdienstes nicht bestehen. Das muß zur Folge haben, daß alle mit dieser Arbeitspflicht notwendig zusammenhängenden Pflichten und Rechte ebenfalls gehemmt sind, also z. B. die Pflicht zur Lohnzahlung. Damit ist das Arbeitsverhältnis aber nicht etwa inhaltlos oder gar sinnlos geworden. Das Band, das den einzelnen mit seinem Betriebe verbindet, hat vielmehr tiefere und umfassendere Wirkungen. Arbeit gegen Lohn ist die praktisch wichtigste und sichtbarste Vollzugsform des Arbeitsverhältnisses, aber nicht der Inhalt des Arbeitsverhältnisses schlechthin: Das Band der Betriebszugehörigkeit bleibt bestehen, es soll sogar aus den geschilderten grundsätzlichen Erwägungen heraus besonders gepflegt werden. Es muß daher wichtige Wirkungen äußern, die nun wieder rechtlich in Erscheinung treten, näher bestimmt, begrenzt und gesichert werden müssen. Die kurze rechtliche Kennzeichnung dieses Arbeitsverhältnisses, dessen tatsächlicher Vollzug gehemmt ist, dessen Grundlage, die Betriebszugehörigkeit,

---

[2]) Vgl. z. B. die VO. zur Wahrung der Rechte von Wehrmachtangehörigen im Verwaltungsverfahren v. 27. Aug. 1942 (RGBl. I, 538), die VO. zum Schutze der Wehrmachtangehörigen usw. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 13. Okt. 1942 (RGBl. I, 604).

aber bestehen und wirksam bleibt, lautet: Das Arbeitsverhältnis ruht[3]).

3. Die rechtlichen Wirkungen dieses ruhenden Arbeitsverhältnisses können aus den soeben skizzierten Grundgedanken zunächst folgendermaßen bestimmt werden:

a) Zahlreiche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht so unmittelbar durch die tatsächliche Arbeitsleistung bedingt, sondern mehr allgemeiner Ausdruck der Betriebsverbundenheit und Betriebszugehörigkeit sind, laufen weiter. Wenn also z. B. die Dauer der Betriebszugehörigkeit maßgebend ist für einen späteren Anspruch auf Ruhegehalt, so muß der Wehrdienst grundsätzlich angerechnet werden, d. h. die Zeit des Wehrdienstes rechnet mit als Zeit der Betriebszugehörigkeit.

b) Andererseits wird das Arbeitsverhältnis durch die Einberufung nicht stärker: Alle diejenigen Begrenzungen und Beschränkungen, die es schon vorher aufwies, werden nicht aufgehoben, und zwar auch dann nicht, wenn sie sich erst nach der Einberufung praktisch auswirken. Beispielsweise muß ein befristetes Arbeitsverhältnis trotz der Einberufung mit dem Ablauf der Frist erlöschen (vgl. noch unten VI, 2 a).

c) Die Kündigung des ruhenden Arbeitsverhältnisses durch den Unternehmer ist grundsätzlich ausgeschlossen. Soll das Band der Betriebszugehörigkeit während der Dauer der Einberufung besonders gepflegt werden, so muß es dementsprechend rechtlich verstärkt werden, und zwar an den Stellen, an denen es praktisch am ehesten gefährdet wäre. Eine dieser Stellen wäre zweifellos die Kündigung.

Das grundsätzliche Ergebnis dieser Rechtslage ist also: Der Einberufene bleibt während des Wehrdienstes in seinem Arbeitsverhältnis, er bleibt Angehöriger des Betriebes. Kehrt er zurück, so hat er nicht, wie man öfter lesen kann, nur einen Anspruch auf Wiedereinstellung, sondern er ist ohne weiteres wieder voll in seiner Arbeitsstellung. — Hierzu nun, vor allem an Hand der Rechtsprechung, einige praktisch besonders wichtige Einzelheiten.

III. Zum sachlichen Geltungsbereich der AbändVO.

1. Die gesetzliche Regelung knüpft an die Einberufung zum Wehrdienst an. Hierzu gehört auch der Dienst in der Waffen-SS.

Eine ähnliche oder sogar völlig übereinstimmende Regelung findet sich z. B. für die Einberufung zum Reichsarbeitsdienst, zum langfristigen Notdienst, zum Luftschutz (in bestimmten Fällen), ferner für die

---

[3]) Zweifellos ruhen nicht alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (vgl. z. B. die Rechtslage zum Wettbewerbsverbot, unten V, 7); daher ist es in gewissem Sinne mißverständlich, hier schlechthin von einem ruhenden Arbeitsverhältnis zu sprechen.

zeitlich begrenzte Dienstverpflichtung. Einzelheiten dazu können hier nicht dargestellt werden. Hervorzuheben ist nur die Regelung für die Dienstverpflichtung, weil sie die eben angedeutete Verwandtschaft zwischen dem militärischen und dem „arbeitsrechtlichen" Gestellungsbefehl verdeutlicht. In § 2 Abs. 1 DienstpflichtVO. vom 13. Februar 1939 (RGBl. I, 206) heißt es:

„Dienstverpflichtete, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, gelten bei zeitlich begrenzter Verpflichtung als beurlaubt. Während der Beurlaubung darf das bisherige Beschäftigungsverhältnis nicht gekündigt werden. Der Dienstverpflichtete hat während der Dauer der Beurlaubung keinen Anspruch auf Gewährung von Arbeitsentgelt und sonstigen Bezügen aus seinem bisherigen Beschäftigungsverhältnis. Im übrigen gilt die Zeit der auf Grund dieser Verordnung erfüllten Dienstverpflichtung als Beschäftigungszeit in der bisherigen Arbeitsstelle."

2. Als Einberufung ist nicht schon die Zustellung des Gestellungsbefehls, sondern erst die Einziehung, die tatsächliche Einstellung in den Wehrdienst, anzusehen (RG. 157/40 v. 4. Febr. 1941: DR. 1941, 1796). Der Gestellungsbefehl kann allerdings gewisse Vorwirkungen äußern, z. B. für die Zulassung zur „Kriegsprüfung" (vgl. unten 5 b) oder in der Richtung einer Erschwerung der Kündigung (vgl. unten VI, 2).

Ohne rechtliche Bedeutung ist es, in welcher Weise die Einberufung herbeigeführt worden ist. Hierzu hatte das RArbG. folgenden Fall zu entscheiden: Ein Arbeiter, der bereits 51 Jahre alt und deshalb nicht mehr wehrdienstfähig war, meldete sich freiwillig zum Heeresdienst und erhielt am 15. Juni seine Einberufung zum 17. Juni. Er konnte kaum damit rechnen, an die Front zu kommen, mußte andererseits aber wissen, daß seine Arbeit in der Heimat genau so wichtig sein konnte wie die Tätigkeit eines älteren Mannes bei der Wehrmacht und daß der Betrieb, der ein wehrwirtschaftlicher Betrieb war, ihn schwer entbehren konnte. Gleichwohl hat er es absichtlich verhindert, daß der Betrieb noch eine Prüfung durch die Wehrmachtbehörde veranlassen konnte, ob seine Tätigkeit als Arbeiter an seiner alten Arbeitsstelle wichtiger war als seine Tätigkeit bei der Wehrmacht. In dieser absichtlichen Verhinderung hat das RArbG. eine Treupflichtverletzung gesehen, die zwar die Anwendung der AbändVO. nicht berühre, aber den Unternehmer berechtige, den Arbeiter von einer Gratifikation auszuschließen (dazu noch unten V, 4, 7). „Ob ein solcher Verstoß gegen die Treupflicht auch dann vorliegt, wenn ein jüngerer Arbeiter, der seine militärische Dienstpflicht mit der Waffe erfüllen will, bestrebt ist, eine Zurückstellung zu vermeiden, und deshalb seinem Unternehmer die freiwillige Meldung und Einberufung verschweigt, kann dahingestellt bleiben." (RAG. 164/41 vom 24. April 1492: ArbRSamml. 44, 215.)

3. Mit der Einberufung zum Wehrdienst meint die AbändVO. ihrem Zwecke nach nur solche Einberufungen, die mit dem gegenwärtigen Kriege in Zusammenhang stehen, bei denen also mit einer Beendigung des Wehrdienstes spätestens bei der Rückführung der Wehrmacht auf den Friedensstand zu

rechnen ist. Daraus folgt, daß die AbändVO. nicht gilt, das Arbeitsverhältnis also erlischt, wenn und sobald sich ein Gefolgsmann bei oder nach der Einziehung zu einer zwölfjährigen Dienstzeit verpflichtet; in diesem Falle handelt es sich nämlich um einen Berufswechsel (RAG. 131/41 vom 13. Februar 1942: ArbRSamml. 44, 118).

4. Die VO. regelt die Wirkung der Einberufung auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis. Wie nun, wenn jemand vereinbarungsgemäß am 1. Oktober eine Stelle antreten soll (und will), aber am 28. September eingezogen wird? Unabhängig von dem Falle der Einberufung ist bestritten, ob ein Arbeitsverhältnis schon durch eine bloße Willensübereinstimmung oder erst durch die tatsächliche Arbeitsaufnahme entsteht? [4]). Für den Fall der Einberufung muß man m. E. jedenfalls folgendermaßen entscheiden: Der Einberufene kann den Schutz der AbändVO. nicht verlieren, wenn er gerade durch die Einberufung gehindert ist, seine Stelle auch wirklich anzutreten; es ist rechtspolitisch notwendig, auch schon eine solche Anwartschaft auf den Arbeitsplatz zu schützen und sich zur Vollrechtsstellung entwickeln zu lassen (vgl. auch unten V, 1). Also „besteht" in unserem Beispiel ab 1. Oktober ein Arbeitsverhältnis. Voraussetzung ist allerdings, daß vor der Einberufung schon eine feste Vereinbarung über den Dienstantritt am 1. Oktober vorlag. (So im Ergebnis auch RAG. 29/42 vom 29. Mai 1942: DAF.-EntschSamml. 1942, 221; vgl. auch RAG. 56/40 vom 21. August 1940: ArbRSamml. 40, 221.)

Dementsprechend ist es für den Schutz der Werkwohnung (§ 1 Satz 3 AbändVO.) nicht erforderlich, daß der Einberufene die Werkwohnung im Zeitpunkt der Einziehung bereits bewohnt hat.

5. Die VO. spricht schließlich von einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis und nennt dabei das Arbeitsverhältnis und das Lehrverhältnis. — Daß es sich im Folgenden also nicht auch um Beamte handelt (die ja nicht zum Bereich des Arbeitsrechts gehören), sei noch besonders betont; für sie gelten besondere beamtenrechtliche Vorschriften, die hier nicht dargestellt werden können.

a) Die Abgrenzung des Bereiches der Arbeitsverhältnisse bereitet nach mehreren Richtungen hin Schwierigkeiten. Zwar stehen auch die Angestellten im Sinne dieser VO., wie überhaupt im Sinne des Arbeitsrechts, in einem „Arbeitsverhältnis". Es ist aber z. B. oft zweifelhaft, ob jemand noch Angestellter oder schon mitbeteiligter Gesellschafter, oder ob jemand noch Angestellter oder schon mehr selbständiger Agent ist. Für die selbständigen Handlungsagenten ist deshalb ein ausdrücklicher Schutz geschaffen worden (VO. v. 24. Jan. 1940 [RGBl. I, 225]). Danach wird durch die Einberufung zu einer Dienstleistung im Wehrdienst ein bestehendes Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten nicht gelöst. Die Vertragsparteien

---

[4]) Hierzu vor allem Nikisch, „Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis", Berlin 1941, bes. S. 78 ff.

sollen sich über die weitere Fortsetzung der Geschäftstätigkeit einigen. Nach § 2 bleibt das Recht des Handlungsagenten auf Kündigung des Vertragsverhältnisses im Falle der Einberufung unberührt. Der Geschäftsherr aber kann das Vertragsverhältnis nur kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Als ein wichtiger Grund ist die Einberufung zum Wehrdienst nicht anzusehen [5]).

Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder Geschäftsführer einer GmbH. stehen zur Aktiengesellschaft oder GmbH. nicht in einem Arbeitsverhältnis; denn sie sind ja Unternehmensleiter, treten der Gefolgschaft als Betriebsführer gegenüber usw. Immerhin entspricht es wohl den Grundgedanken der AbändVO. und der HandlungsagentenVO., auch derartige Vorstands- oder Geschäftsführerverhältnisse durch die Einberufung nicht erlöschen zu lassen [6]). -

b) Der Begriff des Lehrverhältnisses läßt sich meist ziemlich sicher bestimmen. Das in den letzten Jahren geschaffene Anlernverhältnis gehört sachlich auch in den Bereich des Lehrverhältnisses; jedenfalls wird es von der AbändVO. erfaßt, weil es sonst als Arbeitsverhältnis zu behandeln wäre.

Endet das Lehrverhältnis also durch die Einberufung nicht, so muß es nach der Rückkehr des Lehrlings weitergeführt werden. Der Lehrling kann jedoch, um ihm die Schwierigkeiten einer weiteren Ausbildung und einer späteren Prüfung zu ersparen, vor seiner Einberufung zu einer Notprüfung zugelassen werden. Hierzu haben die Arbeitsgerichte mehrfach den Fall entscheiden müssen, daß ein Lehrling die Notprüfung bestand, dann aber doch nicht eingezogen wurde. Während die „normale" Prüfung das Lehrverhältnis beendet (§ 130 a GewO.), kann die Notprüfung diese Wirkung jedenfalls erst dann äußern, wenn der Lehrling auch tatsächlich eingezogen wird. (Hierzu bes. RAG. 25/42 vom 5. Juni 1942: ArbR-Samml. 45, 68.)

IV. Zum zeitlichen Geltungsbereich der AbändVO.

Die AbändVO. ist am Tage ihrer Verkündung, nämlich am 7. Sept. 1939, in Kraft getreten. Das führt für die Rechtslage der zahlreichen vorher einberufenen Gefolgschaftsmitglieder zu gewisse Schwierigkeiten.

1. Bei denjenigen, die bereits vor Ende August 1939 in Erfüllung ihrer allgemeinen Wehrpflicht aktiv dienten, war das Arbeitsverhältnis nach der bei ihrer Einberufung geltenden friedensrechtlichen Regelung erloschen. (VO. über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner vom 29. Dez. 1937 [RGBl. I, 1417]). Es bleibt auch erloschen; denn die AbändVO. setzt ausdrücklich ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraus. Wegen der Wiedereinstellung dieser Gefolgschaftsmitglieder werden wohl besondere Vorschriften bei Kriegsende ergehen müssen, um eine Gleichbehandlung aller zurückkehrenden Gefolgschaftsmitglieder zu gewährleisten.

2. Bei denjenigen, die vor dem 7. September 1939 — sei es vor dem 26. Aug. oder später — zu einer Übung oder kurzfristigen Ausbildung ein-

---

5) Vgl. hierzu Hefermehl: DJ. 1940, 148.

6) So auch Hefermehl: SozPrax. 1942, 486; vgl. auch Anm. 10.

berufen waren, kam zunächst die VO. über die Einberufung zu Übungen der Wehrmacht vom 15. März 1939 (RGBl. I, 609) zur Anwendung, nach der die Einberufenen „beurlaubt“ waren; eine Kündigung wegen der Einberufung war verboten (§§ 9, 10 VO.). In diesen Fällen war das Arbeitsverhältnis also nicht erloschen, so daß vom 7. Sept. 1939 ab die AbändVO. gilt, die gegenüber der VO. vom 15. März 1939 vor allem einen noch stärkeren Kündigungsschutz enthält. Hiernach sind diese Gefolgschaftsmitglieder in ihrem Arbeitsverhältnis also schon fast ebenso gesichert wie die nach dem 7. September Eingezogenen. Gleichwohl muß das grundsätzliche Verbot der Kündigung, das die AbändVO. ausspricht, auch schon gegenüber den seit Ende August Einberufenen gelten (RAG. 143/40 vom 11. Februar 1941: DR. 1941, 1797). Dazu noch unten VI, 2.

V. Rechte und Pflichten des Einberufenen während des Wehrdienstes

1. Von sehr erheblicher Bedeutung ist, daß alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, die schon vor der Einberufung begründet worden sind, nicht „ruhen“ oder gar aufgehoben sind, sondern, sobald sie fällig sind, erfüllt werden müssen. Dies ist z. B. für Provisionsansprüche von Reisenden wichtig geworden, deren Entstehungstatbestand jedenfalls zum Teil vor der Einberufung liegt. Hat der Reisende den Vertrag mit dem Kunden noch selbst geschlossen, während allerdings die Lieferung erst nach seiner Einberufung ausgeführt und bezahlt worden ist, so muß der Reisende jedoch auch für diese von ihm nur vermittelten Geschäfte einen Anspruch auf Provision und Abrechnung haben (RAG. 52/41 vom 1. Juli 1941: Amtl. Samml. 25, 131).

2. Das Arbeitsbuch bleibt bei dem Unternehmer, da ja das Arbeitsverhältnis weiterbesteht. Die Unternehmer haben dementsprechend die Einberufung nicht als Beendigung der Beschäftigung im Arbeitsbuch einzutragen. Sie haben das Arbeitsbuch nach § 10 Abs. 1 VO. über das Arbeitsbuch vom 22. April 1939 (RGBl. I, 824) weiterhin sorgfältig aufzubewahren (vgl. auch Erl. des RArbM. betr. Arbeitsbücher vom 19. Febr. 1940 [RArbBl. I, 102]).

3. Zum Lohn ist bereits oben II kurz dargelegt, daß der Unternehmer gesetzlich nicht verpflichtet ist, dem Einberufenen für die Zeit des Wehrdienstes Lohn zu zahlen [7]).

a) Der Unternehmer kann sich jedoch durch Betriebsordnung oder besondere Vereinbarung verpflichten, Lohn oder Gehalt während der Einberufung ganz oder teilweise weiterzuzahlen. Diese Verpflichtungserklärung

---

[7]) Das gilt grundsätzlich auch für die öffentlichen Verwaltungen und Betriebe. Ihnen ist es anheimgestellt, Dienstbezüge usw. an ihre einberufenen Angestellten und Arbeiter weiterzuzahlen. Daraus entsteht aber kein Rechtsanspruch des Einberufenen. (RAG 105/41 v. 9. Dez. 1941: ArbRSamml. 44, 93, 101; ferner z. B. Baring: „Der Gemeindetag“ 1942, 261.

unterliegt nicht der Formvorschrift des § 518 BGB., da die Leistung zwar im Ausgangspunkt freiwillig übernommen wird, aber in einem so engen Zusammenhang mit dem Fürsorgegedanken im Arbeitsverhältnis steht, daß sie nicht als Geschenk angesehen werden kann. Der Unternehmer kann seine Verpflichtung durch einen Vorbehalt des Widerrufs beschränken, muß das aber klar zum Ausdruck bringen. Ohne solchen Vorbehalt kann er sich von der einmal übernommenen Verpflichtung nur lossagen, wenn die Weiterzahlung die Leistungskraft seines Betriebes gefährden würde oder wenn der Einberufene sich einer gröblichen Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat (RAG. 62/41 vom 10. Juli 1942: DR. 1942, 1560). Das bedeutet praktisch, daß eine unvorhergesehene längere Kriegsdauer allein noch keinen Grund zur Befreiung von einer einmal übernommenen Leistungspflicht darstellt.

b) Lohn oder Gehalt werden vom Unternehmer meist zu einem Teil, als sog. Firmenbeihilfe, weitergezahlt, nämlich als Zuschuß zu dem staatlichen Familienunterhalt.

c) Wenn ein Unternehmer den Lohn oder das Gehalt eines einberufenen Gefolgschaftsmitgliedes erhöhen will, so muß er die Vorschriften über den Lohnstop beachten, die hier nicht näher geschildert werden können.

Eine damit zusammenhängende Frage ist, ob Löhne oder Gehälter, die nach Tarifordnung, Betriebsordnung oder Vereinbarung in bestimmten Zeitabschnitten, also etwa alle zwei Jahre, für bestimmte Gruppen von Gefolgschaftsmitgliedern steigen sollen, sich ebenso auch für die Einberufenen erhöhen. Praktisch bedeutet das: Wird die Wehrdienstzeit auch hier angerechnet, und ist der Unternehmer also verpflichtet, dem Zurückgekehrten die entsprechend erhöhte Vergütung zu zahlen? Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Wenn auch die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen, so bleibt es doch als sich dynamisch weiter entwickelnde Quelle der Rechtsstellung des Einberufenen bestehen. Bestätigt wird diese Auffassung durch einen Erlaß des Generalbevollmächtigten für den Arbeitseinsatz (GBA.) vom Oktober 1942 (vgl. RArbBl. 1942, V, 555), in dem es u. a. heißt:

> „Soweit auf Grund einer Tarifordnung oder einer gebilligten Betriebs- oder Dienstordnung eine Lohn- oder Gehaltserhöhung eintritt, ist das zum Wehrdienst einberufene Gefolgschaftsmitglied von diesen Verbesserungen nicht ausgeschlossen. Sie werden sich allerdings in der Regel erst nach Rückkehr in die Heimat auswirken."

4. Ähnlich ist die Rechtslage für die Gratifikation. Einen Anspruch auf Gratifikation hat der Einberufene auch dann nicht ohne weiteres; wenn die im Betriebe tätigen Gefolgschaftsmitglieder eine Gratifikation erhalten. Immerhin ist es zweifellos sozialpolitisch erwünscht, daß auch die Einberufenen (wenn auch nicht unbedingt in der gleichen Höhe) berücksichtigt werden; auch ist nicht zu verkennen, daß die Lage derjenigen Dienstverpflichteten, die in ihrem neuen Betriebe keine Gratifikation bekommen, der Stellung der im Wehrdienst Stehenden immerhin ähnlich ist. Eine wichtige Bestätigung hierzu

bedeutet eine Äußerung des GBA. an die Reichstreuhänder der Arbeit vom 31. Oktober 1942 (RArbBl. I, 478 f.), in der es heißt:

„Des weiteren erwarte ich von allen deutschen Betriebsführern, daß sie bei der Ausschüttung der diesjährigen Weihnachts- und Abschlußgratifikationen auch derer gedenken, die von ihrer Gefolgschaft in der Wehrmacht ihre Pflicht erfüllen. Den zur Wehrmacht einberufenen Gefolgschaftsmitgliedern sollte gerade zum Weihnachtsfeste in allererster Linie die Fürsorge des Betriebsführers gelten. Auch die zu einem anderen Betrieb dienstverpflichteten Gefolgschaftsmitglieder sollten dann von dem seitherigen Betriebsführer nicht von dem Genuß der in seinem Betrieb üblichen Weihnachtsgratifikationen ausgeschlossen werden, wenn feststeht, daß sie in dem neuen Betrieb keine derartigen Zuwendungen bekommen werden."

5. Für die Urlaubsansprüche des Gefolgsmannes mußte zunächst die kriegsrechtliche Urlaubssperre vom 1. Sept. 1939 bis 15. Jan. 1940 berücksichtigt werden. Zu den hierzu und zu dem Urlaubsanspruch der Einberufenen allgemein sich ergebenden Zweifelsfragen haben mehrere Erlasse des RArbM. Stellung genommen. Eine kurze Übersicht über die Rechtslage ergibt folgendes:

a) Der im Jahre 1939 einmal entstandene Urlaubsanspruch wird durch die Einberufung nicht nachträglich zu einem Anspruch auf anteiligen Urlaub herabgemindert. Das gilt auch dann, wenn in Tarifordnungen bestimmt ist, daß ein Gefolgschaftsmitglied, das während des Urlaubsjahres ausscheidet, nur anteiligen Urlaub erhält. Die Einberufung hat kein solches „Ausscheiden" aus dem Betriebe zur Folge (RAG. 140/40 v. 11. Dez. 1940: ArbR-Samml. 41, 83 und RAG. 165/41 v. 20. März 1942: DAF.-EntschSamml. 1942, 174).

b) Den einberufenen Gefolgschaftsmitgliedern, deren Urlaubsanspruch bei der Einberufung entstanden, aber noch nicht erfüllt war, ist Urlaub für das im Zeitpunkt ihrer Einberufung laufende Urlaubsjahr wie den ausgeschiedenen Gefolgschaftsmitgliedern zu gewähren, d. h. der Urlaub ist abzugelten.

c) Was die Anrechnung des Kriegsdienstes auf die Voraussetzungen für Entstehen und Höhe des Urlaubsanspruchs betrifft, so ist m. E. folgendermaßen zu entscheiden: Soweit die Länge des Urlaubs von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängt, ist der Wehrdienst auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen; soweit erstmalige Erfüllung einer Wartezeit Voraussetzung für die Entstehung des Urlaubsanspruchs ist, wird der Wehrdienst nicht kraft Gesetzes als Erfüllung dieser Wartezeit gelten können.

d) Nach einem Erlaß des RArbM. v. 11. Dez. 1940 (RArbBl. I, 623) hat bei Wehrmachturlaub des Ehemanns auch die berufstätige Ehefrau einen Anspruch auf Freizeit. Wenn der Ehemann infolge der Einberufung mindestens 3 Monate vom Wohnort abwesend war, ist die Ehefrau auf ihren Antrag bis zur Dauer von 18 Tagen im Urlaubsjahr von der Arbeit freizustellen, wenn nicht bereits der ihr zustehende Erholungsurlaub mindestens

18 Tage beträgt. Die Freistellung von der Arbeit anläßlich des Urlaubs des Ehemanns ist auf den Erholungsurlaub der Ehefrau anzurechnen. Hat die Ehefrau also bereits 18 Tage Urlaub (bezahlte Freizeit) gehabt, so hat sie in diesem Urlaubsjahre keinen Anspruch auf Freizeit mehr; hatte sie beispielsweise 14 Tage Urlaub zu beanspruchen und bereits erhalten, so kann sie in dem laufenden Urlaubsjahre anläßlich der Anwesenheit des beurlaubten Ehemannes noch 4 freie Tage beanspruchen. Bei Freizeitgewährung außerhalb des eigentlichen Erholungsurlaubs besteht kein Anspruch auf Bezahlung der Freizeit; mit Zustimmung des Reichstreuhänders (Lohnstop!) ist jedoch eine Bezahlung als freiwillige soziale Leistung des Unternehmers möglich und regelmäßig auch sozialpolitisch sehr erwünscht.

Das LArbG. Stettin (Urt. v. 23. Okt. 1942: DAF.-EntschSamml. 1942, 265) hat entschieden, daß eine Ausdehnung dieses Erlasses auf berufstätige Verlobte nicht zulässig ist, und zwar auch dann nicht, wenn die bisherigen Verlobten während des Wehrmachturlaubs geheiratet haben. (Diese letztere Auslegung ist m. E. zu eng.)

6. Für alle Leistungen des Unternehmers an die Einberufenen gilt der arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung der Gefolgschaftsmitglieder[8]). Er besagt hier, d. h. innerhalb der Gruppe der Einberufenen, daß der Unternehmer, wenn er einem größeren Kreis von Einberufenen Leistungen zuwendet, nicht einzelne Einberufene, die in der gleichen Lage sind, davon ausschließen darf; diese haben dann vielmehr einen Anspruch darauf, ebenso wie die anderen behandelt zu werden. Praktisch wird dieser Grundsatz insbesondere dann bedeutsam, wenn der Unternehmer freiwillig solche Leistungen erbringt. Er kann dann zwar die Gewährung und die Höhe solcher Leistungen von bestimmten sachlich berechtigten Voraussetzungen abhängig machen. Andererseits aber verbietet das Gebot der Gleichbehandlung willkürliche, d. h. ungerechtfertigte Verschiedenheiten, während sozialpolitisch berechtigte Unterscheidungen und Abstufungen nicht nur zulässig, sondern aus dem Gebot der Gerechtigkeit heraus sogar oft notwendig sind.

7. Die arbeitsrechtlichen Pflichten des Einberufenen endigen nur soweit, als sie unmittelbarer Bestandteil der Pflicht zur tatsächlichen Arbeitsleistung sind. Danach bleiben bestehen alle Pflichten aus der allgemeinen Verbundenheit mit dem Betriebe, praktisch also vor allem die allgemeinen Treupflichten. (Über Mitteilungspflichten aus Anlaß der Einberufung vgl. schon oben III, 2.)

a) Der Gefolgsmann hat sich auch während des Wehrdienstes in dem dann möglichen Umfange nach besten Kräften für das Wohl des Unternehmers und des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen des Unternehmers und des Betriebes zuwiderläuft. Vor allem besteht die

---

[8]) Dazu allgemein Reuß-Siebert, „Die konkrete Ordnung des Betriebes", 3. Aufl. 1943, bes. S. 80 ff.; ferner Siebert: NS.-SozPol. 1942, 61 ff.

Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen auch während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses. Ebenso gelten etwaige Wettbewerbsverbote auch für die Dauer der Einberufung des Gefolgsmannes, gleichgültig ob die Wettbewerbsverbote auf § 2 ArbOG. beruhen, ob sie vereinbart sind oder ob es sich um das Wettbewerbsverbot für den Handlungsgehilfen nach § 60 HGB. handelt (LArbG. Güstrow v. 29. Juli 1942: DAF.-EntschSamml. 42, 247).

b) Es ist bereits erwähnt worden, daß eine gröbliche Verletzung der Treupflicht den Verlust eines Anspruchs auf die zusätzlichen sozialen Leistungen des Unternehmers nach sich zieht, auch wenn der Unternehmer sich zu solchen, im Ausgangspunkt jedenfalls freiwilligen Leistungen verpflichtet hatte. Das ist eine allgemeine Eigenart dieser zusätzlichen sozialen Leistungen im Unterschied zu den Ansprüchen auf Lohn, Urlaub usw. Ferner kann der Unternehmer, wie ebenfalls bereits erwähnt, bei den zusätzlichen sozialen Leistungen auch die mangelnde Leistungskraft seines Unternehmens einwenden und sich damit von einer übernommenen Pflicht befreien. Außerdem kann die Verletzung der Treupflicht einen Grund zur Kündigung des ruhenden Arbeitsverhältnisses (mit Zustimmung des Reichstreuhänders) geben, vgl. VI. 1, 2.

8. Stirbt der Gefolgsmann während der Einberufung, so hat der Unternehmer die für den Tod des Gefolgsmanns bestehenden Pflichten zu erfüllen; die Rechtssätze über das Ruhen des Arbeitsverhältnisses werden dann ihrem Sinne nach unanwendbar. Das bedeutet z. B., daß der Unternehmer das durch Tarifordnung, Betriebsordnung oder Vereinbarung vorgesehene Sterbegeld an die Hinterbliebenen zu zahlen hat. Solche einmaligen Verpflichtungen sind nicht etwa durch die Zahlung von Wehrmacht- und Versorgungsbezügen und durch den Familienunterhalt abgelöst (LArbG. Stuttgart v. 20. Mai 1942: DAF.-EntschSamml. 1942, 171).

VI. Kündigung des Arbeitsverhältnisses während des Wehrdienstes

1. Das Kündigungsrecht des Gefolgsmannes ist durch die Einberufung nicht beschränkt. Es unterliegt jedoch den allgemeinen Bestimmungen über die Ausübung des Kündigungsrechts; insbesondere ist also nach der VO. über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels v. 1. Sept. 1939 (RGBl. I, 1685) die Zustimmung des Arbeitsamtes erforderlich (vgl. auch Erl. d. RArbM. v. 12. Dez. 1940: RArbBl. I, 614).

Eine Kündigung durch den Unternehmer ist jedoch grundsätzlich ausgeschlossen. Nach § 2 AbändVO. ist sie ausnahmsweise mit Zustimmung des Reichstreuhänders möglich; daneben ist dann noch die Zustimmung des Arbeitsamtes nach der ArbeitsplatzwechselVO. erforderlich. Der Reichstreuhänder prüft bei seiner Entscheidung vor allem das Maß der sozialen Schutzbedürftigkeit des Einberufenen gegenüber dem Kündigungsbegehren des

Unternehmers; das Arbeitsamt prüft die Bedeutung der Kündigung für die Arbeitseinsatzlage [9]).

2. In der Rechtsprechung sind mehrere Fälle von Kündigungen vor oder bei der Einberufung entschieden worden.

a) Wird vor der Einberufung gekündigt, wird der Gefolgsmann aber vor Ablauf der Kündigungsfrist eingezogen, so ergibt sich also die Rechtslage, daß bereits bei der Einziehung ein befristetes Arbeitsverhältnis vorliegt. Dieses Arbeitsverhältnis kann durch die Einziehung nun nicht etwa wieder zu einem unbefristeten verstärkt werden. Vielmehr wird man sagen müssen, daß ein befristetes Arbeitsverhältnis auch nach Einberufung des Gefolgsmannes grundsätzlich mit dem Ablauf der Frist erlischt (RAG. 214/40 v. 8. April 1941: DR. 1941, 1798). Anders wäre die Rechtslage dann, wenn die Befristung ohne sachlichen Grund oder gar in der Absicht, die Anwendung der AbändVO. auszuschließen, erfolgt wäre; dann wäre sie als Gesetzesumgehung unwirksam [10]).

b) Wird eine Kündigung in Kenntnis der bevorstehenden Einberufung ausgesprochen, um dem Geltungsbeginn der AbändVO. zuvorzukommen, so bedeutet sie eine Gesetzesumgehung und muß nichtig sein (§ 134 BGB.). Anders ist die Rechtslage, wenn der Unternehmer einen berechtigten Grund zur Kündigung hat.

c) Wird nach der Einberufung, aber vor der tatsächlichen Einziehung gekündigt, so wird dieser Fall oft erst recht als Versuch einer Gesetzesumgehung angesehen werden müssen. Regelmäßig wird die Treu- und Fürsorgepflicht es dem Unternehmer gebieten, einem Einberufenen im Hinblick auf den bevorstehenden militärischen Einsatz nicht zu kündigen. Eine gleichwohl ausgesprochene Kündigung wäre also unwirksam, es sei denn, daß sie aus einem wichtigen Grund erfolgt wäre. Obwohl die AbändVO. im allgemeinen erst von der tatsächlichen Einziehung ab anwendbar ist (vgl. oben III, 3), ist m. E. schon im Falle einer Kündigung nach Einberufung die Zustimmung des Reichstreuhänders erforderlich, um jeder Gefahr einer Gesetzesumgehung vorzubeugen. Das RArbG. will es dagegen lediglich der Rechtsprechung überlassen, etwaige Mißbräuche bei der Ausübung des Kündigungsrechts in dieser Zwischenzeit unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen Treu und Glauben zu bekämpfen (RAG. 157/41 v. 4. Febr. 1941: DAF.-EntschSamml. 1941, 98).

3. Das grundsätzliche Verbot der Kündigung nach § 2 AbändVO. gilt wohl auch für den sog. Arbeitsurlauber. Wenn der Einberufene von der

---

9) Nach einem Erl. d. RArbM. v. 12. Dez. 1940 (RArbBl. I, 614) kann der Leiter des Arbeitsamtes mit seiner Arbeitsplatzwechselzustimmung gleichzeitig auch die Zustimmung zur Kündigung als Beauftragter des Reichstreuhänders erteilen.

10) Vgl. auch SozPrax. 1942, 489. — Eine besondere Frage ist es, ob es in bestimmten Fällen angemessen ist, ein befristetes Arbeitsverhältnis zu verlängern. Das ist z. B. für Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaften erörtert und bejaht worden, deren gesetzlich befristete Anstellungsverträge ohnehin häufig verlängert werden. Vgl. Erlaß des RJM. vom 7. Sept. 1942 (Kallee, ArbR-Kartei Nr. 864) und Hefermehl: DJ. 1942, 622.

Wehrmacht zur Arbeitsleistung in seinem früheren Betriebe beurlaubt ist, bleibt er doch Wehrmachtangehöriger, und es besteht daher ein Bedürfnis, ihm seinen festen Arbeitsplatz zu sichern (AG. Falkenau v. 27. Juli 1942: DAF.-EntschSamml. 1942, 172).

VII. Rechtslage bei und nach der Rückkehr des Einberufenen

1. Die Meldepflicht bei Rückkehr aus dem Wehrdienst ergibt sich ohne weiteres aus der gesamten Rechtslage. Einzelheiten dazu regeln übereinstimmende Anordnungen der Reichstreuhänder vom Herbst 1940 (vgl. RArbBl. I, 489). Danach haben sich die Gefolgschaftsmitglieder unverzüglich nach ihrer Entlassung wegen Wiederaufnahme der Arbeit mit dem Unternehmer in Verbindung zu setzen. Das RArbG. (205/40 v. 18. März 1941: DR. 1941, 1759) hat eine fernmündliche Meldung jedenfalls dann für ausreichend erklärt, wenn der Zurückgekehrte erkrankt war. „Ob eine fernmündliche Meldung stets als ausreichend anzusehen ist, kann fraglich sein."

Ist der Meldepflicht genügt, so wird, wie das RArbG. gleichzeitig entschieden hat, durch eine Erkrankung bei Rückkehr das volle Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses nicht gehindert: der Gefolgsmann hat dann die gleichen Ansprüche wie ein anderer während des Arbeitsverhältnisses Erkrankter, z. B. also einen Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes nach § 616 BGB. oder § 63 HGB. Das gilt auch dann, wenn der Gefolgsmann gleich bei seiner Rückkehr in Durchführung eines Heilverfahrens der Sozialversicherung verschickt wird. (Ebenso LArbG. Breslau v. 20. März 1942: ArbRSamml. 45, 22).

2. Dem Zurückgekehrten steht ferner ein besonderer Urlaub, der sog. Heimkehrerurlaub, von 14 Kalendertagen zu. Während dieser Zeit erhält das Gefolgschaftsmitglied Familienunterhalt, Wehrsold und Verpflegungsgeld (vgl. übereinstimmende Anordnungen der Reichstreuhänder vom Herbst 1940: RArbBl. I, 489).

3. Wie oben I bereits ausgeführt worden ist, tritt der Zurückgekehrte ohne weiteres wieder an seinen alten Arbeitsplatz. Nun kann allerdings ein Unternehmer kraft seines Weisungsrechts allgemein einem Gefolgsmann jederzeit einen anderen gleichwertigen Arbeitsplatz zuweisen[11]). Das wird auch gegenüber dem Zurückgekehrten gelten müssen; nur werden hier besonders strenge Anforderungen an die Gleichwertigkeit gestellt werden müssen. Denn grundsätzlich soll der Gefolgsmann eben an seinen bisherigen Arbeitsplatz zurückkehren, so daß also auch ein inzwischen eingestellter Ersatzmann weichen muß (ArbG. Mainz v. 12. Febr. 1941: ArbRSamml. 42, 45). Dementsprechend hat z. B. ein Gefolgsmann, der vor der Einberufung in Akkordarbeit beschäftigt war, nach seiner Rückkehr wieder Anspruch auf Zuweisung solcher Akkordarbeit, vorausgesetzt allerdings, daß sie überhaupt noch im Betrieb ausgeführt wird (LArbG. Berlin v. 26. Mai 1941: DAF.-EntschSamml. 1941, 148). Andererseits ist vom RArbG. folgender sicherlich zutreffender Rechtsgrundsatz

[11]) Ständige Rechtsprechung (sog. Direktionsrecht des Unternehmers).

aufgestellt worden: Hat ein Unternehmer vor der Einberufung aus berechtigten betrieblichen Gründen die Versetzung des Gefolgsmannes auf einen anderen Arbeitsplatz betrieben, ist also die Einberufung lediglich der endgültigen Vornahme der Versetzung zuvorgekommen, so würde das Verlangen des Heimkehrers, auf dem alten Arbeitsplatz beschäftigt zu werden, auf eine Besserstellung gegenüber seiner Stellung und seinen Rechten vor der Einberufung hinauslaufen und deshalb unbegründet sein, da ein solches Verlangen über den Willen der AbändVO. hinausgehen würde (RAG. 79/41 v. 21. Okt. 1941: DR. 1942, 473).

4. Kündigt der Unternehmer einem Gefolgsmann kurz oder wenigstens bald nach seiner Rückkehr, so liegt darin eine Gesetzumgehung und ein sittenwidriges Verhalten, wenn der Unternehmer keinen berechtigten Grund hat; die Kündigung ist dann also nichtig, so daß der Kündigungsschutz durch Widerrufsklage (§§ 56 ff. ArbOG.) gar nicht erst zum Zuge kommt. Ebenso wie die AbändVO. zum Schutz des Einberufenen gewisse Vorwirkungen äußern muß auf die Zeit vor der tatsächlichen Einziehung oder gar die Zeit vor der Einberufung (s. oben V, 2), so muß sie auch gewisse Nachwirkungen äußern können, weil sonst das grundsätzliche Kündigungsverbot während der Einberufung allzu leicht wertlos gemacht werden könnte. (Hierzu bes. RAG. 79/41 v. 21. Okt. 1941: DR. 1942, 473 mit Anm. Siebert). Wie lange den Heimkehrern auf solche Weise ein solcher über §§ 56 ff. ArbOG. hinausgehender Kündigungsschutz einzuräumen ist, macht das RArbG. von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Je größer der zeitliche Abstand zwischen der Rückkehr des Gefolgsmannes und dem Ausspruch der Kündigung wird, desto stärker werden dann wieder die allgemeinen Grundsätze des Kündigungsrechtes in den Vordergrund treten müssen. Vor allem ist die Kündigung dann wirksam, wenn nach der Rückkehr ein neuer selbständiger Kündigungsgrund entstanden ist.

VIII. Zur arbeitsrechtlichen Stellung der Ersatzmänner

Naturgemäß wird vielfach für einen Einberufenen ein Ersatzmann eingestellt.

1. Dabei ist wichtig, ob diese Einstellung befristet ist oder nicht, ob also das Arbeitsverhältnis des Ersatzmannes bei Rückkehr des Einberufenen ohne weiteres erlischt. Maßgebend für die Entscheidung wird vor allem der Inhalt der Vereinbarungen sein. Wird der Neueingestellte nicht klar darauf hingewiesen, daß er einen bestimmten Einberufenen ersetzen soll, so ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis anzunehmen [12]).

---

[12]) Wird einer von diesen Ersatzleuten seinerseits einberufen, so entsteht dann auch für diesen ein unbefristetes ruhendes Arbeitsverhältnis. U. U. kann im Laufe der Zeit ein und derselbe Arbeitsplatz doppelt und dreifach besetzt sein. Hieraus können nach Kriegsende Schwierigkeiten entstehen. Ihnen zu begegnen, wird Aufgabe einer Demobilmachungsgesetzgebung sein. Dabei wird insbesondere entschieden werden müssen, wer in seiner Stellung den stärksten Schutz verdient: der erste vom Arbeitsplatz Einberufene, der letzte, oder derjenige, der am längsten an diesem Arbeitsplatz tätig gewesen ist.

Wenn der Ersatzmann nicht befristet eingestellt war, muß er gleichwohl seinen Arbeitsplatz dem Zurückgekehrten überlassen, weil dessen älteres Recht vorgeht (vgl. schon oben VII, 3).

2. Praktisch sehr bedeutsam sind Fragen der Entlohnung von Vertretern einberufener Gefolgschaftsmitglieder, und zwar besonders unter dem Gesichtspunkt des Lohnstops. Einmal geht es z. B. darum, ob jemand, der an sich in einer niedrigeren tariflichen Tätigkeitsgruppe tätig war, ohne weiteres nach der höheren Gruppe des Einberufenen, den er vertritt, bezahlt werden darf und muß. Sodann soll das Aufrücken in eine höhere Gruppe oft damit gerechtfertigt werden, daß der Vertreter eine erhöhte Arbeitsleistung vollbringen müsse.

Zu diesen Fragen hat der GBA. am 15. Okt. 1942 folgende Anordnung erlassen (RArbBl. 1942, I, 462):

„Übernimmt in einem Betrieb ein Gefolgschaftsmitglied ganz oder zum Teil die Tätigkeit eines zum Wehrdienst einberufenen Angestellten, so hat der Betriebsführer vor jeder mit dieser Vertretung verbundenen Erhöhung des Gehalts dem Reichstreuhänder oder Sondertreuhänder der Arbeit Anzeige über die beabsichtigte Gehaltszulage zu erstatten. Das beabsichtigte erhöhte Gehalt oder die beabsichtigte laufende oder einmalige Zulage zum Gehalt kann erst — und zwar auch rückwirkend von dem Tage der Übernahme der Tätigkeit des zum Wehrdienst einberufenen Angestellten — ausgeschüttet werden, wenn der Reichstreuhänder oder Sondertreuhänder der Arbeit dem beantragten Gehalt oder der beantragten Zulage nicht innerhalb von 6 Wochen nach der Anzeige widerspricht.

Der Reichstreuhänder der Arbeit kann dem beantragten Gehalt oder der beantragten Zulage selbst dann widersprechen, wenn das Gefolgschaftsmitglied auf diese erhöhten Bezüge aus einer Tarifordnung, Betriebsordnung, Dienstordnung, Anordnung oder einem Einzelarbeitsvertrag einen Rechtsanspruch hat. Er kann rechtsverbindlich ein anderes Gehalt festsetzen.

Der Reichstreuhänder oder Sondertreuhänder der Arbeit kann die Zustimmung zu der beantragten Erhöhung oder zu der beantragten Zulage mit Auflagen verbinden und insbesondere bestimmen, daß das erhöhte Gehalt nur in Form einer widerruflichen Zulage gegeben wird."

3. Von der echten Einstellung eines Ersatzmannes ist die praktisch häufige verwandtschaftliche Hilfeleistung zu unterscheiden. Wenn z. B. der Vater das Geschäft seines zum Wehrdienst einberufenen Sohnes übernimmt und fortführt, so wird er damit nicht Angestellter und Arbeiter seines Sohnes, vielmehr handelt es sich um eine auf dem Verwandtschaftsverhältnis beruhende Zusammenarbeit, die unter dem Zwang der Zeitumstände erfolgt (RVersA. v. 17. Febr. 1942: DAF.-EntschSamml. 1942, 117).

IX. Zur arbeitsrechtlichen Stellung der Kriegsversehrten

Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den Schwerkriegsbeschädigten und den sonstigen Kriegsversehrten. Schwerkriegsbeschädigte sind vor allem solche Kriegsversehrte, die Versehrtengeld der Stufen II, III oder IV beziehen. Kriegsversehrte mit Versehrtengeld nach Stufe I können aber den Schwerkriegsbeschädigten gleichgestellt werden (vgl. hierzu § 86 Wehrmachtfürsorge- und -versorgungsG. v. 28. Aug. 1938 [RGBl. I, 1077]).

Die Schwerkriegsbeschädigten sind arbeitsrechtlich besonders geschützt durch das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 12. Jan. 1923 (RGBl. I, 57). Danach besteht eine bestimmt begrenzte Pflicht der Betriebe, Schwerbeschädigte einzustellen; ferner bedarf die Kündigung eines Schwerbeschädigten nicht nur der Zustimmung des Arbeitsamtes, sondern vor allem der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle.

Für alle Kriegsversehrten wird auf eine Berufsberatung besonderer Wert gelegt. Berufsberatung und Arbeitseinsatz erfolgen — soweit es sich nicht um Schwerbeschädigte (Versehrte der Stufe II bis IV) und ihnen Gleichzustellende handelt, für deren Unterbringung die Hauptfürsorgestellen zu sorgen haben — ausschließlich durch die Dienststellen der Arbeitseinsatzverwaltung im Benehmen mit den zuständigen Wehrmacht-Fürsorge- und -Versorgungsdienststellen. Unter möglichster Zurückstellung arbeitseinsatzmäßiger Gesichtspunkte sind die Versehrten so zu beraten und unterzubringen, daß ihr früheres Arbeitseinkommen gehalten wird, wenn erforderlich auch unter Einschaltung des zwischenbezirklichen und des Reichsausgleichs. Berechtigte persönliche Wünsche der Versehrten sind bei der Unterbringung soweit als irgend möglich zu berücksichtigen (Erlaß des GBA. v. 4. Nov. 1942: RArbBl. I, 517).

Aus dem Kollegheft: Arbeitsrecht

Von Prof. Dr. W. Siebert

§ 8.

Die Arbeitseinsatzverwaltung.

I. **Wesen und Mittel des Arbeitseinsatzes.**
Arbeitseinsatz ist planmäßige Lenkung der deutschen Arbeitskraft nach den sachlichen Erfordernissen der Volkswirtschaft. Deutlicher Unterschied zur Arbeitsvermittlung; daher auch mit dem Übergang von der Arbeitsvermittlung zum Arbeitseinsatz Aufhören der privaten Stellenvermittlung und ausschließliche Zuständigkeit des Staates.

1. Die wichtigsten Mittel des Arbeitseinsatzes sind

a) Berufsaufklärung und Berufsberatung. Berufsaufklärung zunächst eine typische Aufgabe der Partei; daher z. B. Berufsaufklärung durch die HJ. und das Jugendamt der DAF., in Zusammenarbeit mit den Arbeitsämtern. Ziel der Berufsaufklärung: Lenkung durch Überzeugung.

b) Arbeitsbuch und Meldepflicht. ArbeitsbuchVO. vom 22. 4. 1939; MeldepflichtVO. vom 27. 1. 1943.

c) Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels (der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen). ArbeitsplatzwechselVO. vom 1. 9. 1939.

d) Dienstverpflichtung. DienstpflichtVO. vom 13. 2. 1939.

e) Möglich ferner z. B.: Verpflichtung der Unternehmer zur Einstellung von Arbeitern (z. B. von älteren Angestellten) und Erleichterung der Lösung von Arbeitsverhältnissen (um einen Einsatz am richtigen, der Berufsausbildung entsprechenden Arbeitsplatz zu ermöglichen: Rückführung von Metall- und Baufacharbeitern in ihren Beruf; vgl. hierzu die Dritte und Fünfte Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans vom 7. 11. 1936).

2. Über die Einwirkungen des Arbeitseinsatzes auf das Arbeitsverhältnis s. unten 2. Hauptteil, bes. §§ 24, 25, 39.

II. Die **Arbeitseinsatzverwaltung** geht zurück auf die öffentlichen Arbeitsnachweise der Gemeinden oder Gemeindeverbände. Das Reich trieb vor dem Weltkrieg keine Arbeitseinsatzpolitik. Das änderte sich im Weltkrieg und nach der Demobilmachung auf Grund der erhöhten Anforderungen. Eine weitere Entwicklungsstufe bildet das Arbeitsnachweisgesetz

vom 22. 7. 1922 (RGBl. S. 657), das einen dreistufigen Aufbau sämtlicher Arbeitsnachweise schuf. Verwaltungsmäßig und organisatorisch blieb es im wesentlichen bei der Eingliederung in die allgemeine Kommunalverwaltung.

III. Das **Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung** vom 16. 7. 1927 gestaltete dann die Arbeitsvermittlung völlig um, indem es die Aufgaben auf die neugebildete Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung übertrug. Sie wurde als selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts aufgebaut und übte die gesamte Verwaltungstätigkeit nach eigenem Ermessen und unter eigener Verantwortung aus.
Die Reichsanstalt gliederte sich in eine Hauptstelle, Landesarbeitsämter und Arbeitsämter, deren Bezirke nicht in Anlehnung an die räumliche Einteilung der inneren Verwaltung bestimmt, sondern nach wirtschaftlichen Zusammenhängen neu abgegrenzt wurden. Sämtliche Stellen wurden als von der allgemeinen Verwaltung losgelöste Sonderbehörden errichtet.

IV. Nach 1933 wurden sämtliche Rechte und Pflichten der bei den einzelnen Behörden gebildeten Verwaltungsausschüsse von den Unternehmern und Arbeitnehmern auf den Präsidenten der Reichsanstalt übertragen. An Stelle der beratenden Arbeitsvermittlung trat der **Arbeitseinsatz,** d. h. die planmäßige Lenkung der Arbeitskräfte entsprechend dem jeweiligen Bedarf und der staatspolitischen Notwendigkeit.

V. Die große arbeitspolitische Bedeutung dieser Aufgaben führte zur Übertragung der Aufgaben und Befugnisse des Präsidenten der Reichsanstalt auf den **Reichsarbeitsminister** (Führer-Erlaß vom 21. 12. 1938).
Nach der Verordnung vom 25. 3. 1939 (RGBl. S. 575) sind nunmehr die Landesarbeitsämter und Arbeitsämter vom 1. April 1939 ab unmittelbare Reichsbehörden. Ihre Beamten und Angestellten sind Beamte und Angestellte des Reiches.

VI. Die Eingliederung der **neuen Reichsgebiete** vor und während des Krieges hat außer einer beträchtlichen Aufgabenerweiterung auch organisatorische Veränderungen zur Folge gehabt. Dazu VO. vom 20. 5. 1938 (RGBl. S. 591); § 4 des Ostmarkengesetzes vom 14. 4. 1939 (RGBl. S. 777); VO. vom 27. 10. 1938 (RGBl. S. 1514); VO. vom 29. 3. 1940 (RGBl. S. 574). Danach bestehen in den Alpen-, Donau-Reichsgauen vier Landesarbeitsämter, nach der VO. vom 27. 7. 1943: sieben Gauarbeitsämter, die in der Person des Behördenleiters mit der Behörde des Reichstreuhänders der Arbeit verbunden sind. An der Spitze der Arbeitseinsatzverwaltung in der Mittelstufe steht der Reichsstatthalter.

VII. Am 6. März 1942 wurde ein **Generalbevollmächtigter für den Arbeitseinsatz** (Gauleiter Sauckel) ernannt. Er untersteht dem Beauftragten für den Vierjahresplan und ist mit umfassenden Befugnissen zur Durch-

führung des Arbeitseinsatzes und zur Regelung der Arbeitsbedingungen ausgestattet. Die entsprechenden Abteilungen des RAM. sind ihm unterstellt (Führer-Erlaß vom 21. 3. 1942). Besonders wichtig ist die Verbindung der Arbeitseinsatzverwaltung mit der Reichstreuhänderverwaltung (vgl. § 9), die vor allem durch die Gauarbeitsämter erreicht worden ist: Die Leiter der Gauarbeitsämter und die Reichstreuhänder sind personengleich. VO. vom 27. 7. 1943 (Gesetzsammlung, 4./5. Aufl. Nr. 18).

§ 9.

Die Reichstreuhänderverwaltung.

I. **Grundsätzliches.**

1. Die Reichstreuhänderverwaltung ist erst 1933 entstanden. Als Vorläufer der Reichstreuhänder kann man vielleicht die staatlichen Schlichter ansehen, die im kollektiven Arbeitsrecht bei Tarifvertragslücken und ähnlichen Fragen Hilfe zum Zustandekommen von Gesamtvereinbarungen zu leisten hatten. Möglich war allerdings auch eine Verbindlicherklärung der Tarifverträge und der Schiedssprüche. Für die Stellung des Staates, der hinter der Macht und der Rechtsetzungsbefugnis der kollektiven (Arbeiter- und Unternehmer-) Verbände zurücktrat, ist kennzeichnend das Urteil des RArbG. im „Ruhreisenstreit" vom 22. 1. 1929 (ArbRSamml. Bd. 5 S. 167), das einen Schiedsspruch für nichtig erklärte, wenn er in einen laufenden Tarifvertrag eingriff.

2. Nach 1933 wollte und mußte der Staat seine Zuständigkeit auch für die hoheitliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen begründen, zumal die Tarifvertragsparteien weggefallen waren und die DAF. als Parteiorganisation keine zwingend-unmittelbare Gestaltungsbefugnisse für Lohn, Arbeitszeit und die sonstigen Arbeitsbedingungen erhielt.

II. Die **einzelnen Entwicklungsstufen** für Aufgaben und Zuständigkeiten der Reichstreuhänder der Arbeit sind:

1. Das Gesetz über die Treuhänder der Arbeit vom 19. 5. 1933. Es ermächtigte die Treuhänder, an Stelle der bisherigen kollektiven Vereinbarungen die Arbeitsbedingungen zu regeln und allgemein für die Erhaltung des Arbeitsfriedens zu sorgen.

2. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934. Es gab den Treuhändern bestimmte, erschöpfend aufgezählte Aufgaben (vgl. bes. §§ 19, 32), vor allem

   a) die Festsetzung von Mindestbedingungen für Arbeitsverhältnisse durch Tarifordnungen und die Zuständigkeit zum Erlaß von Richtlinien für den Inhalt von Arbeitsverhältnissen;

   b) bestimmte Überwachungs- und Eingriffsrechte gegenüber den Betrieben;

c) Mitwirkungsrechte bei der sozialen Ehrengerichtsbarkeit.

3. Die Lohngestaltungsverordnungen vom 25. 6. 1938 und 23. 4. 1941. Sie schufen im Ergebnis wieder eine allgemeine Ermächtigung:

aa) Die Tarifordnungen können Mindest- und Höchstbedingungen enthalten, insbes. auch Höchstlöhne festsetzen.

bb) Die Treuhänder können zur Durchführung der Wehrhaftmachung und des Vierjahresplans sonstige Maßnahmen und Anordnungen treffen, beispielsweise anordnen, daß die Betriebsordnungen vor Erlaß oder vor Änderung ihnen zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. (Der Inhalt von Tarifordnungen ist auf die Regelung von Arbeitsverhältnissen beschränkt.) Vgl. noch unten § 20.

4. Die Kriegswirtschaftsverordnung vom 4. 9. 1939. Sie erweiterte in § 18 noch einmal die Ermächtigung der Reichstreuhänder, vor allem zur Durchführung eines lückenlosen Lohnstops. Der § 21 KriegswirtschaftsVO. und Durchführungsverordnungen schufen ferner eine Ordnungsstrafgewalt der Reichstreuhänder.

5. Mit der Unterstellung der Reichstreuhänder unter den Generalbevollmächtigten für den Arbeitseinsatz (Erlaß vom 21. 3. 1942) können die Reichstreuhänder in dessen Auftrag die Befugnisse der Vierjahresplanverwaltung (Gesetz vom 18. 10. 1936) ausüben.

6. Personalunion zwischen den Reichstreuhändern und den Präsidenten der Gauarbeitsämter. VO. vom 27. 7. 1943.

III. **Einzelheiten zur Reichstreuhänderverwaltung.**

1. Die Reichstreuhänder der Arbeit sind Reichsbeamte, ihre Behörden sind Reichsmittelbehörden (zunächst ohne eigenen verwaltungsmäßigen Unterbau). Sie unterstanden zunächst und allein unmittelbar dem Reichsarbeitsminister und waren an seine Weisungen gebunden (§ 18 AOG.). Die Treuhänderbezirke sind neuestens den Wirtschaftsbezirken (Gauen) angepaßt (VO. vom 16. 11. 1942, RGBl. I S. 649).

2. In den Alpen- und Donau-Reichsgauen bestehen seit dem 1. 4. 1940 vier und seit der VO. vom 27. 7. 1943 sieben Wirtschaftsgebiete und entsprechend sieben Reichstreuhänder der Arbeit, die dem Reichsstatthalter angegliedert und zugleich Präsidenten der Landesarbeitsämter sind. In den eingegliederten Ostgebieten werden die Reichstreuhänderaufgaben für die Reichsgaue Danzig-Westpreußen und Wartheland von der Abteilung „Arbeit“ der Reichsstatthalterbehörde (Fachgebiet „Reichstreuhänder der Arbeit“) wahrgenommen. In den neuen Westgebieten werden die Aufgaben des Reichstreuhänders noch von Chefs der Zivilverwaltung durchgeführt.

IV. **Durchsetzung und Schutz der Anordnungen des Reichstreuhänders der Arbeit.**

1. Verwaltungsrechtlich. Umfang der dem Treuhänder unmittelbar zustehenden Verwaltungszwangsmittel bestritten. Jetzt aber wenigstens allgemeines Ordnungsstrafrecht.

2. Strafrechtlich. Vgl. § 22 AOG., ferner die Strafbestimmungen in der LohngestaltungsVO. und in der KriegswirtschaftsVO.

3. Ehrenrechtlich. Vgl. § 36 Abs. Ziff. 3: bei „hartnäckigem" Zuwiderhandeln. Die Hartnäckigkeit muß Ausdruck einer unsozialen, schlechten Gesinnung sein. Vgl. dazu Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 42a zu § 36 AOG.

4. Soweit die Maßnahmen des Treuhänders den Inhalt der Arbeitsverhältnisse gestalten, können sie auch durch Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche der am Arbeitsverhältnis Beteiligten durchgesetzt werden; ferner werden sie durch Unzulässigkeit eines Verzichts usw. geschützt.

§ 10.

Die Verbindung der einzelnen Zweige der Arbeitsverwaltung.

I. Verflechtung zwischen **Arbeitseinsatz-** und **Reichstreuhänderverwaltung:** Die arbeitspolitische Entwicklung nach 1933 und die wachsende Erkenntnis von der unbedingten Zusammengehörigkeit zwischen Arbeitseinsatz und Lohnpolitik ergab die Notwendigkeit einer einheitlichen Lenkung. Die organisatorische Durchführung dieser Vereinheitlichung ist in verschiedenen Richtungen und in mehreren Stufen erfolgt, neuestens durch die Gauarbeitsämter.

II. Verbindung der **Arbeitsschutzverwaltung** mit der **Reichstreuhänder- und Arbeitseinsatzverwaltung.** Der Krieg hat neben dem Zusammenhang von Lohnpolitik und Arbeitseinsatz eine enge Zusammenarbeit der Gewerbeaufsichtsämter mit den Arbeitsämtern auf den verschiedenen Gebieten mit sich gebracht. So z. B. bei dem kriegsbedingten Einsatz von weiblichen und ungeschulten Arbeitskräften, bei der Unterbringung ausländischer Arbeiter und bei der Freimachung von Kräften für Wehrmachts- und andere Zwecke.

Im Protektorat ist bereits eine Verschmelzung der beiden Verwaltungen erfolgt. Hier sind die selbständigen Gewerbeinspektorate Abteilungen der Arbeitsämter geworden.

III. **Bisherige Ergebnisse:**

1. Ursprünglich meist unorganisch aneinandergefügte Teilstücke wachsen gegenwärtig zu einer Einheit zusammen. Die treibende Kraft liegt in der sachlichen Einheit der arbeitspolitischen Aufgabe des nationalsozialistischen

Staates, die auch eine organisatorische Einheit der staatlichen Arbeitsverwaltung verlangt.

Die Arbeitsverwaltung entwickelte sich also zunächst in vier voneinander getrennten Zweigen, die nach Aufgabengebiet, Aufbau und Organisation durchaus verschieden, z. T. sogar noch in sich selbst uneinheitlich gestaltet waren. Die Erklärung für dieses stark unbefriedigende Ergebnis liegt zweifellos in der arbeitsverfassungsmäßigen Stellung des Staates, der sich in den Zeitabschnitten des liberalen und kollektiven Arbeitsrechts gegenüber der Ordnung der Arbeit nur ergänzend, korrigierend oder abwehrend verhielt und sich dementsprechend auf besonders dringende Teilaufgaben beschränkte.

Diese Erklärung zeigt aber zugleich die Notwendigkeit einer Verstärkung und Vereinheitlichung der staatlichen Arbeitsverwaltung entsprechend der Wandlung und Entwicklung der Aufgaben des Staates in der Arbeitsverfassung.

2. Die Entwicklung zu einheitlicher Arbeitsverwaltung wirft die Frage auf nach dem Verhältnis zur allgemeinen und inneren Verwaltung.

Die Arbeitsschutzbehörden sind im Altreich Landesbehörden, in der Mittelinstanz sind sie in die allgemeine Verwaltung eingegliedert. Die Reichstreuhänder- und die Arbeitseinsatzverwaltung sind im Altreich Sonderverwaltung. In den Alpen- und Donau-Reichsgauen und im Sudetenland sind sie dagegen in die Stufe des Reichsgaues dem Reichsstatthalter angegliedert. Das gleiche gilt für die Landesversicherungsanstalten (§ 4 Ostmarkgesetz und § 3 Sudetengaugesetz). Die Angliederung bedeutet, daß dem Reichsstatthalter nicht nur ein allgemeines und umfassendes Weisungsrecht zusteht, sondern sie bedeutet eine Unterstellung unter die Führung des Reichsstatthalters, z. B. mit der Folge einer ständigen Berichts- und Informationspflicht. Andererseits ist der Reichsstatthalter nicht selbst Behördenleiter der Sonderverwaltung, die auch in bezug auf Haushalt und Geschäftsverteilungsplan getrennt behandelt wird.

Anders ist es bei einer Eingliederung der Arbeitsverwaltung, wie sie z. T. z. B. im Warthegau erfolgt ist, wo sämtliche Verwaltungszweige dem Reichsstatthalter zugewiesen sind (§ 3 Abs. 2 des Erlasses vom 8. 10. 1939, RGBl. S. 2022 und zweite DfVO. vom 21. 11. 1939, RGBl. S. 2133).

Die Angliederung ist wohl am besten geeignet, einerseits der notwendigen Einheit der Verwaltung und andererseits der Eigenständigkeit der Arbeitsverwaltung Rechnung zu tragen. Doch ist die endgültige Lösung dieser Frage noch keineswegs abgeschlossen, was sich in dem Verhältnis zur Sozialverwaltung (z. B. Wohnungsbau, Gesundheitspflege, Altersversorgung) zeigt.

Schrifttum: Siebert: Die Entwicklung der deutschen Arbeitsverwaltung, 1943; vgl. auch RABl. 1942 V S. 545.

§ 31.

Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung.

I. Sozialpolitische Grundlagen.

1. Daß in bestimmten Fällen auch ohne Arbeitsleistung vom Unternehmer Lohn gezahlt werden muß, erklärt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Wenn der Arbeiter seine Arbeitskraft im Dienste eines anderen einsetzt, so ist dieser Einsatz der Persönlichkeit gewissermaßen naturgesetzlich kein ununterbrochener, sondern es kommen Krankheit, Unfälle usw. vor; der dauernde Einsatz (die dauernde Widmung) der Arbeitskraft ist also nicht gleichbedeutend mit dauernder tatsächlicher Arbeitsleistung.

b) Der Arbeiter hat als Volksgenosse und Familienangehöriger gewisse Pflichten, die ebenfalls gewissermaßen naturgesetzlich zu Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistung führen können. Diesen Anforderungen der Volksgemeinschaft muß das Arbeitsverhältnis Rechnung tragen, d. h. aber, das Arbeitsverhältnis darf dadurch nicht unterbrochen werden.

c) Wenn die tatsächliche Arbeitsleistung wegen betriebstechnischer Störungen nicht möglich ist, so ist klar, daß das Risiko in solchen Fällen den Unternehmer trifft, denn es handelt sich um eine typische Folge aus der Unternehmerstellung.

d) Es können allerdings auch so „totale" Störungen eintreten, daß dem Unternehmer das volle Risiko nicht aufgebürdet werden kann. Dann fragt es sich, ob sich Unternehmer und Arbeiter in das Risiko teilen müssen oder ob der Staat eintreten muß.

2. Die Beteiligung des Staates zum Schutze des Arbeiters vor dem Verlust seiner Existenzgrundlage durch Nichtleistung von Arbeit zum Schutze des Unternehmers vor der Gefährdung des Betriebes ist nach Veranlassung und Durchführung recht verschieden:

a) bei Krankheit und Unfall greift die Sozialversicherung ein. Bei der Krankenversicherung ruht nach § 189 RVO. der Anspruch auf Kranken- und Hausgeld, wenn und soweit der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält; diese Subsidiarität der staatlichen Hilfe ist aber praktisch längst überholt, vor allem durch die Tarifordnungen mit ihren Bestimmungen über betriebliche Zuschüsse zum Krankengeld. Bei der Unfallversicherung ist die staatliche Hilfe von vornherein primär; ein An-

spruch des Arbeiters gegen den Unternehmer besteht sogar nur dann, wenn strafgerichtlich festgestellt ist, daß der Unternehmer den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat (§ 989 RVO.).

b) Bei Verhinderung des Arbeiters an der Arbeitsleistung infolge Erfüllung staatspolitischer Pflichten hilft der Staat ebenfalls oft primär. Hauptbeispiel: der Familienunterhalt für den Einberufenen. Aber auch Zeugengebühren usw.

c) In neuester Zeit hat die Beteiligung des Staates eine erhebliche Erweiterung erfahren. Die Kriegsverhältnisse haben zu einer so starken Ausdehnung der Möglichkeiten von betrieblichen Störungen geführt, daß der Staat diese gewissermaßen staatspolitisch bedingten Risiken übernimmt: Lohnerstattung bei Fliegeralarm und Fliegerschäden sowie die sog. Ausfallvergütung. Der Staat zahlt hier nicht direkt an den Arbeiter, sondern erstattet dem Unternehmer die von diesem den Arbeitern gezahlten Summen ganz oder zum Teil. (Einzelheiten unten V.)

II. Übersicht über das geltende Recht.

1. Die eigentümliche sozialpolitische und arbeitsrechtliche Problematik der Lohnzahlung trotz Nichtleistung der Arbeit besteht grundsätzlich nur bei unverschuldeter Nichtleistung der Arbeit.

2. Die Systematik der gesetzlichen Regelung.

a) Nichtleistung von Arbeit aus Gründen, die in der Person des Arbeiters liegen — m. E. am besten als Fälle der Arbeitsversäumnis zu bezeichnen. Diese Gruppe von Fällen ist geregelt in § 616 BGB., § 63 HGB., § 133c Abs. 2 GewO. Ergebnis: Der Arbeiter behält, wenigstens für eine gewisse Zeit, seinen Lohnanspruch.

b) Nichtleistung von Arbeit aus Gründen, die im Betriebe liegen — m. E. am besten als Betriebsstörungen (Betriebsstockungen) zu bezeichnen. Hier fehlt eine gesetzliche Regelung; daher haben Wissenschaft und Rechtsprechung eine Lehre vom Betriebsrisiko entwickelt. Ergebnis: Der Unternehmer ist grundsätzlich zur Zahlung des Lohnes verpflichtet.

c) Es gibt Fälle, die weder zur Arbeitsversäumnis noch zur Betriebsstörung gerechnet werden können. Beispiel: Störung der Stadtbahn, deshalb Verspätung des Arbeiters um zwei Stunden. Hier würde ich von Arbeitsverhinderung sprechen. Eine gesetzliche Regelung ist nicht vorhanden. Entweder versucht man eine analoge Anwendung der Vorschriften zu a) oder der Arbeiter verliert seinen Lohnanspruch. Neuestens allerdings VO. über Ausfallvergütung, s. unten.

d) Vielleicht allgemeiner Oberbegriff: Arbeitsausfall?

2. Die Lücken in der gesetzlichen Regelung sind vielfach ausgefüllt durch die Tarifordnungen, die auch die nicht zwingenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere § 616 BGB., vielfach abändern.

3. Für die positive Regelung aller dieser Fälle ist noch wichtig:

a) Bei Angestellten ist durch die monatliche Lohnzahlung sowie durch § 63 HGB., 133 c GewO. und § 616 Abs. 2 BGB. eigentlich in allen Fällen ein Anspruch auf Lohn, wenigstens für 6 Wochen, gegeben.

b) Bei Arbeitern ist praktisch außerordentlich wichtig, ob die ausgefallene Zeit durch Nacharbeit ausgeglichen werden kann und muß und ob dann die ausgefallene Zeit und die Nacharbeit oder nur die Nacharbeit bezahlt wird. (In letzterem Falle trägt also der Arbeiter das Risiko.)

III. **§ 616 BGB.**

1. In der Person des Arbeiters liegender Grund. Dazu gehören auch wichtige Familienereignisse (z. B. Tod der Ehefrau).

2. Versäumnis einer nicht erheblichen Zeit. Nach RArbG. besteht bei erheblicher Versäumnis kein Anspruch, auch nicht für die nicht erhebliche Zeit. (M. E. unhaltbar; bessere Fassung: § 63 HGB. und § 37 Akad.-Entw.)

3. Unverschuldete Behinderung. Vgl. RArbG. ArbRSamml. Bd. 42 S. 389 (außereheliche Schwangerschaft).

4. Vergleich mit § 63 HGB., 133 c Abs. 2 GewO. Über § 63 HGB., insbes. über mehrmalige Erkrankung vgl. RArbG., ArbRSamml. Bd. 46 S. 336, 341. Bei fortbestehendem Leiden, also bei nicht erfolgter Ausheilung und einer nur vorübergehenden Wiederaufnahme des Dienstes, besteht die Zahlungspflicht aus § 63 HGB. nur einmal bis zur Höchstdauer von 6 Wochen. Andererseits ist erneuter Anspruch schon dann gegeben, wenn zwar eine frühere akute Erkrankung ausgeheilt war, das neue Leiden aber auf demselben Grundleiden beruht.

5. Abwandlung des § 616 durch Tarifpraxis; s. unten IX, Anhang, und RArbG., Dtsch. Recht 1941 S. 893, ArbRSamml. Bd. 42 S. 132.

IV. **Die Lehre vom Betriebsrisiko.**

1. Ursprünglich, auf dem Boden des BGB., herrschte Streit, ob bei Betriebsstockung Unmöglichkeit oder Annahmeverzug vorliegt.

2. RG. hat 1923 zum ersten Male den Boden des BGB. (§ 323 ff.) verlassen: RGZ. 106 S. 272, über Lohnzahlung bei Teilstreik. RG. unterschied: Sphäre des Unternehmers, Sphäre der Belegschaft (Sphärentheorie).

3. Heute ist allgemein anerkannt:

a) § 323 BGB. paßt nicht. Vgl. bes. RArbG. Bd. 37 S. 236, Bd. 43 S. 134.

b) Grundsätzlich trägt der Unternehmer das Risiko, er muß also den Lohn zahlen. (Das ist eine Folge der Unternehmerstellung, hat m. E. im Ausgangspunkt mit der Betriebsführeraufgabe nichts zu tun.) Aus der neuesten Rspr. z. B. RArbG. ArbRSamml. Bd. 43 S. 134.

4. Ausnahmen von der Lohnzahlungspflicht des Unternehmers:

a) wenn die Betriebsstörung ganze Landstriche erfaßt?

b) wenn Bestand des Betriebes gefährdet ist?

Zu a) und b): Vgl. § 36 Abs. 2, 3 Akad.-Entw. M. E. recht zweifelhaft.

5. Recht unklar und wenig behandelt ist die Pflicht zur Nacharbeit und die Bezahlung der Nacharbeit. M. E. kann der Unternehmer in den Grenzen des Arbeitszeitrechts Nacharbeit verlangen, muß dann aber die ausgefallene Zeit und die Nacharbeit bezahlen, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt ist. (Andernfalls würde das Betriebsrisiko praktisch doch dem Arbeiter aufgebürdet.)

6. Bezirk des Betriebsrisikos ist neuestens ausgedehnt: kein Regreß des Unternehmers gegen ein Gefolgschaftsmitglied, das fahrlässig Dritte geschädigt hat, wenn eine für die Tätigkeit typische Verletzung der Sorgfaltspflicht vorlag, z. B. beim angestellten Kraftfahrer, ArbRSamml. Bd. 41 S. 55, S. 259; Bd. 43 S. 108. RArbG. führt aus, der Kraftfahrer „bedarf des Schutzes vor Ersatzansprüchen, denen er infolge von in seinem Beruf praktisch unvermeidbaren leichten Versehen ausgesetzt ist. Den Schutz kann ihm der Arbeitgeber nicht verweigern, weil Schadensfälle dieser Art eine seinem Betriebe eigentümliche Gefahr bilden, deren Risiko er unmöglich auf seinen Angestellten allein abwälzen kann. Beides zusammen muß vom Standpunkt des gegenseitigen Treueverhältnisses aus notwendig zu einem Ausgleiche und zu einer Durchbrechung des in § 276 BGB. enthaltenen Haftungsgrundsatzes führen".

V. **Die VO. über Ausfallvergütung** vom 16. 12. 1942.

1. Zwei Tatbestände.

a) Wenn in einem gewerblichen Betrieb durch einen vorübergehenden Mangel an Rohstoffen oder Betriebsstoffen bei Arbeitern oder Angestellten unvermeidbare Arbeitsausfälle eintreten; zu den Betriebsstoffen in diesem Sinn gehören auch Kohle, Gas und elektrischer Strom. (Hier handelt es sich also um Fälle des typischen Betriebsrisikos.)

b) Wenn Arbeiter eines gewerblichen Betriebes vorübergehend Arbeitsausfall dadurch erleiden, daß es ihnen aus Gründen, die nicht in ihrer Person liegen, insbesondere infolge von Verkehrsstörungen, nicht oder nicht rechtzeitig möglich ist, ihre Arbeitsstelle zu erreichen. (Hier bisher zweifelhafte Rechtslage, jedenfalls Lücke in der gesetzlichen Regelung dieser „Arbeitsverhinderung", vgl. oben II, 2c.)

2. Rechtsfolgen.

a) Arbeiter und Angestellte des Betriebes (im Fall 1a) oder nur die Arbeiter des Betriebes (im Fall 1b) erhalten Ausfallvergütung, soweit sie nicht nur vorübergehend und nicht nur geringfügig beschäftigt sind und soweit sie einen Verdienstausfall erleiden.

b) Die Ausfallvergütung ist also subsidiär: Zahlt der Unternehmer während des Arbeitsausfalls das Arbeitsentgelt ganz oder teilweise fort oder gewährt er wegen des Arbeitsausfalls einen freiwilligen Zuschuß zum Arbeitsentgelt, so ist das Arbeitsentgelt oder der Zuschuß bei der Bemessung der Ausfallvergütung voll zu berücksichtigen (§ 4 der VO.).

c) Der Anspruch auf Ausfallvergütung entfällt, soweit der Arbeiter oder Angestellte in den ausfallenden Arbeitsstunden andere zumutbare Arbeit nicht annimmt oder nicht verrichtet, die ihm vom Arbeitsamt zugewiesen ist.

3. Höhe und Aufbringung der Ausfallvergütung.

a) Die Ausfallvergütung beträgt bei Ledigen 60%, bei Verheirateten 80% des Unterschiedes zwischen dem tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt und demjenigen Arbeitsentgelt, das der Arbeiter oder Angestellte ohne den Arbeitsausfall erzielt hätte.

b) Die Ausfallvergütung ist vom Betrieb zu errechnen und am Lohnzahlungstag mit dem sonstigen Lohn auszuzahlen. Sie wird dem Betrieb vom örtlich zuständigen Arbeitsamt auf Antrag erstattet. Das Arbeitsamt hat dem Unternehmer auf Anforderung Vorschüsse zu gewähren.

4. Die Ausfallvergütung gilt für die Lohnsteuer als steuerpflichtiger Arbeitslohn, für die Sozialversicherung als Entgelt.

5. Der Unternehmer hat einen bevorstehenden Arbeitsausfall, soweit er voraussichtlich mehr als einen Arbeitstag in seinem Betrieb dauern wird, dem Arbeitsamt schriftlich zu melden.

VI. Lohnerstattung bei Fliegeralarm.
Ausführlicher Erlaß des GBA. über Maßnahmen des Arbeitsrechts und Arbeitseinsatzes sowie über besondere Hilfsleistungen bei Fliegeralarm und Fliegerschäden (Lohnausfallregelung bei Fliegerangriffen) vom 25. 1. 1944 (RABl. I S. 66).

VII. Sonstige gesetzlich geregelte Einzelfälle:

1. AOG. § 13: Arbeitsversäumnis durch Tätigkeit als Vertrauensmann.

2. Gesetz über die Lohnzahlung am Nationalen Feiertag des deutschen Volkes vom 26. 4. 1934.

3. Anordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan über die Lohnzahlung an Feiertagen vom 3. 12. 1937.

VIII. **Schrifttum:**

Fluhr, Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis, 1940.
Tormin, Der Ausgleich von Lohnausfällen, Soziale Praxis 1941 S. 161.

IX. **Anhang**

Muster einer neueren tariflichen Regelung (vgl. RABl. 1944 IV S. 17):

§ 4.

Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle.

1. Wird ein Gefolgschaftsmitglied infolge unverschuldeter Erkrankung an der Arbeitsleistung verhindert, so ist ihm für die Tage, an denen ihm Krankengeld zusteht, jedoch nicht über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus, ein Zuschuß zum Krankengeld zu zahlen, und zwar:

   a) nach einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit von 6 Monaten in Höhe des Unterschiedes zwischen dem Krankengeld und 80 v. H. — bei Ledigen 70 v. H. — des Nettolohnes bis zu einer Gesamtdauer von 3 Wochen in jedem Jahr der Betriebszugehörigkeit;

   b) nach einer Betriebszugehörigkeit von mehr als 10 Jahren für jeden Krankheitsfall 90 v. H. — bei Ledigen 80 v. H. — des Nettolohnes bis bis zum Schluß der 6. Krankheitswoche. Hierbei ist bei Feststellung der Dauer der Betriebszugehörigkeit die gesamte in dem Betrieb oder einem anderen Betrieb des gleichen Unternehmens nach vollendetem 18. Lebensjahr verbrachte Beschäftigungszeit anzurechnen. Eine frühere Beschäftigungszeit wird jedoch nicht angerechnet, wenn das Arbeitsverhältnis länger als 1 Jahr zusammenhängend unterbrochen war. Eine Anrechnung kommt ferner nicht in Betracht, wenn die frühere Beschäftigung durch eine verschuldete fristlose Entlassung oder eine vertragswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses oder infolge einer Kündigung durch das Gefolgschaftsmitglied beendet wurde.

2. Beruht die Erkrankung auf einem Betriebsunfall schwerer Art, so erhält das Gefolgschaftsmitglied — unbeschadet früherer anderer Erkrankungen sowie der Dauer der Betriebszugehörigkeit — für die ersten 3 Krankheitstage den bisherigen Lohn, vom 4. Krankheitstage ab den Unterschiedsbetrag zwischen dem Krankengeld und 90 v. H. des Nettolohnes, und zwar bis zum Ende der 6. Krankheitswoche.

3. Als Betriebsunfall schwerer Art gilt ein Betriebsunfall, der eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 3 Wochen zur Folge hat.

4. Der Erkrankung infolge eines Betriebsunfalles schwererer Art steht die erstmalig festgestellte Erkrankung an einer entschädigungspflichtigen Berufskrankheit (Dritte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten vom 16. Dezember 1936, Reichsgesetzbl. I S. 1117) gleich, wenn sie eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 3 Wochen zur Folge hat.

5. Als Nettolohn im Sinne der vorstehenden Bestimmungen gilt der Durchschnittsnettoverdienst des Gefolgschaftsmitgliedes aus dem letzten abgerechneten Kalendervierteljahr (oder einem ihm etwa entsprechenden Lohnabrechnungszeitraum), das vor dem 1. Krankheitstage liegt.

6. Hat das Gefolgschaftsmitglied infolge Krankenhausbehandlung oder Aussteuerung keinen Anspruch auf Krankengeld, so ist bei der Berechnung des Unterschiedsbetrags das Krankengeld zugrunde zu legen, das gewährt werden würde, wenn die Krankenhausbehandlung oder die Aussteuerung nicht erfolgt wäre.

7. Das Gefolgschaftsmitglied hat der Betriebsleitung von der Erkrankung unverzüglich Mitteilung zu machen. Erfolgt die Mitteilung nicht innerhalb von 48 Stunden, so besteht eine Verpflichtung zur Gewährung des Krankengeldzuschusses gemäß Ziffern 1 bis 4 erst vom 4. Tage nach dem Zugang der Mitteilung von der Erkrankung.

8. Das Gefolgschaftsmitglied hat nur dann Anspruch auf Bezahlung des Krankengeldzuschusses, wenn die Erkrankung durch ein Zeugnis des Vertrauensarztes oder eine Bestätigung der zuständigen Krankenkasse, oder, wenn das Gefolgschaftsmitglied versicherungsfrei oder ausgesteuert ist, in anderer Weise (z. B. ärztliches Zeugnis) von ihm nachgewiesen wird. Liegt ein Zeugnis des Vertrauensarztes nicht vor, so ist der Betriebsführer berechtigt, die Beibringung eines solchen Zeugnisses zu fordern; die Kosten des Zeugnisses trägt alsdann der Betrieb.

9. Hat ein Gefolgschaftsmitglied auf Grund der unwahren Behauptung, erkrankt zu sein, eine Zuschußzahlung erhalten, so hat es den zu Unrecht erhaltenen Betrag unverzüglich zurückzuzahlen. Darüber hinaus kann der Betriebsführer — in vertrauensratpflichtigen Betrieben nach vorheriger Beratung im Vertrauensrat — dem Gefolgschaftsmitglied den Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses im Krankheitsfalle bis zur Dauer eines Jahres, im Wiederholungsfalle bis zur Dauer von 2 Jahren, entziehen. Die Entziehung ist dem Reichstreuhänder der Arbeit unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Sie ist unwirksam, wenn ihr der Reichstreuhänder der Arbeit widerspricht.

10. Dem Gefolgschaftsmitglied sind die erfolgte Entziehung und ihre Gründe durch den Betriebsführer schriftlich mitzuteilen. Die Entscheidung wird erst von diesem Zeitpunkt an wirksam. Hält das Gefolgschaftsmitglied die

Entziehung oder ihre Dauer für unberechtigt, so kann es den Reichstreuhänder der Arbeit zur Entscheidung anrufen. Dieser kann die Entziehung für unwirksam erklären oder ihre Dauer anderweitig festsetzen.

11. Die Entziehung gilt nicht für die Fälle der Ziffern 2, 3 und 4.

§ 5.

Arbeitsversäumnis.

1. Das Gefolgschaftsmitglied hat Anspruch auf einen freien Tag unter Fortzahlung des Lohnes:

   a) bei Todesfällen in der Familie (Eltern, Ehegatten, Kinder und Geschwister, soweit sie in häuslicher Gemeinschaft lebten),

   b) bei Teilnahme an der Beerdigung der unter a) genannten Angehörigen, auch soweit sie nicht in der Hausgemeinschaft lebten, sowie der Schwiegereltern,

   c) bei eigener Eheschließung,

   d) bei Entbindung der Ehefrau,

   e) bei schwerer Erkrankung der zur Hausgemeinschaft gehörenden Familienmitglieder, insoweit der Arzt bestätigt, daß die Anwesenheit des Gefolgschaftsmitgliedes zur vorläufigen Pflege erforderlich ist.

2. Das Gefolgschaftsmitglied hat Anspruch auf Weiterzahlung seines Lohnes für die tatsächlich zur Erledigung seiner Angelegenheit benötigten Zeit, höchstens jedoch bis zur Dauer der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit:

   a) bei erstmaligem Besuch eines Arztes, sofern die Behandlung während der Arbeitszeit erforderlich ist. Die Weiterzahlung des Lohnes erfolgt für diesen Fall innerhalb eines halben Kalenderjahres nur einmal,

   b) bei Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Verpflichtung mit Ausnahme der Wahrnehmung behördlicher Termine als Beschuldigter oder als Partei im Zivilprozeß,

   c) bei Wohnungswechsel von Gefolgschaftsmitgliedern mit eigenem Hausstand.

3. Bei Musterungen für den Wehr- oder Reichsarbeitsdienst und bei Wehrversammlungen usw. gilt die Anordnung über die Lohnzahlung an Musterungstagen vom 30. November 1940 (RArbBl. Nr. 34 S. I 586).

4. Ferner wird der Lohn bei der Freistellung von der Arbeit bezahlt, die der Betriebsführer zur Teilnahme an Veranstaltungen der Partei, ihrer Gliederungen und der angeschlossenen Verbände (z. B. Schulungslehrgängen, Reichsparteitag) genehmigt.

5. Das Gefolgschaftsmitglied hat beim Betriebsführer oder dessen Stellvertreter rechtzeitig um Arbeitsbefreiung nachzukommen. Ist dies nicht möglich, so ist spätestens am anderen Tage der Grund des Fernbleibens glaubhaft zu machen.

6. Ist der Lohn entsprechend dieser Bestimmung weiterzuzahlen, ohne daß Arbeit geleistet wird, so ist der tatsächliche Stundenlohn oder bei Akkordarbeit der Durchschnittsverdienst des letzten abgerechneten Kalendervierteljahrs (oder eines ihm etwa entsprechenden Lohnabrechnungszeitraums) zu zahlen.

7. Wenn aus betrieblichen Gründen (Materialmangel, Arbeitsmangel usw.) die Arbeit für die gesamte Gefolgschaft oder einen Teil ruhen muß, so ist der tarifliche Stundenlohn bis zu einer Dauer von 8 Stunden weiterzuzahlen.

Eine Übungsarbeit aus der Übung im Arbeitsrecht

Sommer-Semester 1944

I. Sachverhalt.

Der Handlungsgehilfe H. sollte in der Verkaufsabteilung des Warenhauses U. angestellt werden. Bei den Angaben über seinen Lebenslauf verschweigt er, daß er vor drei Jahren wegen Unterschlagung zu einer Gefängnisstrafe von 6 Monaten verurteilt worden war, die er auch verbüßt hatte. Allerdings war er nicht ausdrücklich nach seinen Vorstrafen gefragt worden. Die Einstellung erfolgte am 1. 6. 1941 mit Zustimmung des Arbeitsamtes. Am 15. 10. 1941 erfuhr der Betriebsführer der U. durch Zufall von der Vorstrafe des H. Daraufhin erklärte er am 31. 10. dem H., er habe sich zwar in der Zeit seiner Tätigkeit nichts zuschulden kommen lassen, U. müsse jedoch das Arbeitsverhältnis anfechten, da ein wegen Unterschlagung Vorbestrafter nicht in der Verkaufsabteilung tätig sein könne. Aus Entgegenkommen wolle er ihm jedoch das Gehalt bis zum 10. 11. weiterzahlen. Jedenfalls müsse H. die Arbeit noch am heutigen Tage niederlegen und sich als entlassen betrachten. Das Arbeitsamt war von U. nicht gefragt worden.

H. fragt, ob er auf Weiterbeschäftigung und Fortzahlung des Lohnes klagen könne. Er hält eine fristlose Entlassung nicht für gerechtfertigt und weist ferner darauf hin, daß eine Zustimmung des Arbeitsamtes nicht vorliegt.

Zusatz 1:

Wie wäre die Rechtslage, wenn H. am 1. 10. 1941 eingezogen worden wäre und U. die Entlassung zum 31. 10. dem H. am 25. 10. schriftlich mitgeteilt hätte?

Zusatz 2:

Wie wäre die Rechtslage, wenn das Arbeitsamt auf fernmündliche Anfrage des U. der Entlassung am 31. 10. zugestimmt hätte? (Zu beziehen auf Hauptfall und Zusatz 1.)

Schrifttum:

Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Auflage, München, Berlin.
Palandt, Kommentar zum BGB., 5. Auflage, 1943.
Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, Berlin, 1938.
Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, 1941.
Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1944.
Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, 1940.

1. Der Anspruch des H. auf Weiterbeschäftigung und Lohnfortzahlung wäre begründet, wenn zwischen H. und U. ein gültiges Arbeitsverhältnis be-

standen hätte und die von U. vorgenommene einseitige Lösung unberechtigt erfolgt wäre.

Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, haben H. und U. nicht nur einen Arbeitsvertrag geschlossen, sondern darüber hinaus durch die Einstellung bzw. Arbeitsaufnahme des H. auch in tatsächlicher Hinsicht mit der Realisierung des Arbeitsverhältnisses begonnen. Da auch die nach § 1 der AWVO. erforderliche Zustimmung des Arbeitsamtes zur Einstellung des H. vorhanden war und irgendwelche anderen absoluten Nichtigkeitsgründe nicht vorgelegen haben, ist ein wirksames Arbeitsverhältnis zustande gekommen.

Das zwischen H. und U. begründete Arbeitsverhältnis könnte jedoch dadurch wieder seine Wirkung verloren haben, daß es von U. angefochten worden ist. Betrachtet man mit dem RAG. das Arbeitsverhältnis als ein überwiegend schuldrechtliches Verhältnis, so könnte im vorliegenden Falle die Anfechtung nach den Vorschriften des BGB. zu einer Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses führen, soweit die Voraussetzungen der §§ 119 oder 123 BGB. gegeben sind.

Nach § 123 BGB. müßte H. den U. zur Abgabe seiner das Arbeitsverhältnis mitbegründeten Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt haben. Eine arglistige Täuschung könnte in unserem Falle darin gelegen haben, daß H. durch Verschweigen wahrer Tatsachen, nämlich seiner Vorstrafe, bei U. einen die Abgabe der Willenserklärung beeinflussenden Irrtum erregt hat. Da H. jedoch nicht ausdrücklich nach seinen Vorstrafen gefragt worden war und eine generelle Aufklärungspflicht schon im Interesse der Wiedereingliederung einmal Gestrauchelter in die Volksgemeinschaft nicht anerkannt werden kann, liegt in unserem Falle keine Täuschung, zumindest aber keine arglistige Täuschung vor. (So ArbRS. 35, LAG. S. 49, vgl. ferner den Aufsatz von Oppermann, DR. 39 S. 1741.)

Es bleibt also zu untersuchen, ob U. etwa aus § 119 Abs. II BGB. einen Anfechtungsgrund herleiten könnte, weil er sich bei Abschluß des Arbeitsvertrages über wesentliche Eigenschaften der Person des H. geirrt hat. Das Vorbestraftsein selbst stellt zwar noch keine Eigenschaft einer Person dar. Aus dieser Tatsache kann man jedoch unmittelbar Schlüsse auf die Charaktereigenschaft, die Vertrauenswürdigkeit und die Zuverlässigkeit der Person schließen, so daß ein Irrtum über die Vorstrafen des H. durchaus einen Anfechtungsgrund im Sinne des § 119 II abgeben könnte. Ein solcher Irrtum allein reicht jedoch nicht aus, um das Recht zur Anfechtung zu begründen. Da Abs. II des § 119 in enger Verbindung zu Abs. I steht, muß man auch für solche Fälle fordern, daß dem Erklärenden nur dann das Anfechtungsrecht zustehen kann, wenn anzunehmen ist, daß er seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Aber auch diese Voraussetzung dürfte hier erfüllt sein; denn der Betriebsführer des U. läßt, nach dem Sachverhalt zu urteilen, keinen Zweifel daran, daß er bei Kenntnis der Vorstrafen das Arbeitsverhältnis nicht eingegangen wäre. Diese

Meinung des Betriebsführers ist auch nicht etwa nur als eine rein persönliche Anschauung oder gar als eine subjektive Laune seinerseits zu werten, sondern jeder andre Betriebsführer hätte ebenso gehandelt, wenn er den H. in einer Abteilung hätte beschäftigen wollen, in der ein wegen Unterschlagung bestrafter Mensch außerordentlich stark in die Versuchung geraten kann, rückfällig zu werden.

Da somit alle Voraussetzungen des § 119 II erfüllt sind, könnte U. den Arbeitsvertrag anfechten. Soll die Anfechtung jedoch die in § 142 BGB. vorgesehene Folge, nämlich rückwirkende Vernichtung des Rechtsgeschäfts, auslösen, so hätte U. unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, anfechten müssen. Da U. vom Tage der Kenntnis des Anfechtungsgrundes bis zur Anfechtung selbst 14 Tage verstreichen ließ, könnte es zweifelhaft sein, ob die in § 121 BGB. geforderte Voraussetzung in unserem Falle gegeben ist. Dazu wäre zu bemerken, daß U. diese Kenntnis am 15. 10. nur durch Zufall erlangt hat, zu diesem Zeitpunkt also noch nicht überzeugende Beweismittel in Händen gehabt haben dürfte, um H. die Vorstrafe entgegenhalten zu können. Es konnten also in unserem Falle durchaus 8—14 Tage vergehen, ehe U. mit absoluter Sicherheit Kenntnis von der Vorstrafe erhalten hat, so daß man zu dem Ergebnis kommen muß: U. hat rechtzeitig, d. h. unverzüglich angefochten.

Läßt man also wie das RAG. das Arbeitsverhältnis trotz der starken persönlichen Bindung unter den Beteiligten als ein vertragliches Schuldverhältnis gelten, so würde die Anfechtung des U. dazu führen, daß das Arbeitsverhältnis als von Anfang an nichtig anzusehen ist. H. könnte also seinen Anspruch auf Lohnfortzahlung und Weiterbeschäftigung nicht mehr geltend machen, da die Vernichtung des Arbeitsverhältnisses auch nicht durch das Fehlen der arbeitsamtlichen Zustimmung aufgehalten werden kann.

Diese Lösung führt jedoch zu unbilligen Ergebnissen, da H. trotz der von ihm geleisteten Arbeit keinen Lohnanspruch erworben hätte, sondern allein auf die schwachen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen wäre. Das RAG. konstruiert also um einer rechtlichen Fiktion willen Ansprüche, die im Vergleich zu dem in Wirklichkeit vorhanden gewesenen Gemeinschaftsverhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer viel zu schwach sind und somit den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werden. Auch die Möglichkeit, den Arbeitnehmer mit Hilfe des § 122 BGB. vor Schaden zu bewahren, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Konstruktion des RAG. nicht überzeugend ist und der Rechtswirklichkeit widerspricht. Da aber das RAG. wiederholt betont hat, daß die Anfechtung eines Arbeitsverhältnisses auch nach Aufnahme der Arbeit noch möglich sei, mußte die oben angestellte Untersuchung durchgeführt werden (vgl. ArbRS. 36 RAG. S. 151 und 411).

Inzwischen sind allerdings auch dem RAG. schon Zweifel an seiner Methode gekommen. In einem neueren Uteil hat es daher einmal beiläufig erwähnt, daß die Anfechtung eines Arbeitsvertrages nach Antritt der Beschäftigung zumindest „der Nachprüfung bedürfe“ (ArbRS. 44 RAG. S. 209), woraus man

bei der immer sehr vorsichtigen und zurückhaltenden Formulierung des obersten Gerichtes entnehmen kann, daß das RAG. bei der nächsten Gelegenheit vielleicht eine von seiner bisherigen Art abweichende Beurteilung der Rechtslage vornehmen wird. Da die Wissenschaft gerade auf diesem Gebiet schon außerordentlich viel vorbereitende Arbeit geleistet hat, empfiehlt es sich, auch für unseren Fall nach einer anderen Lösung zu suchen.

Zu einem befriedigenden Ergebnis könnte man mit der von Nikisch entwickelten Lehre gelangen, die das Arbeitsverhältnis von der vertraglichen Grundlage unabhängig machen will (Nikisch, Arbeitsrecht, S. 81). Danach soll das Arbeitsverhältnis nicht schon durch den Arbeitsvertrag, sondern erst durch die Einstellung des Arbeiters in den Betrieb begründet werden. Da diese Einstellung in den Betrieb von Nikisch nur als ein rein tatsächlicher Vorgang und nicht als ein Rechtsgeschäft gewertet wird, wäre eine Anfechtung und damit eine rückwirkende Vernichtung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich. Dagegen könnte nach Ansicht von Nikisch der Arbeitsvertrag als solcher angefochten werden, selbst wenn mit der Arbeit schon begonnen worden ist. Diese Anfechtung des Arbeitsvertrages würde zwar das Arbeitsverhältnis nicht rückwirkend vernichten, weil es auf der „Einstellung" und nicht auf dem Vertrage beruht. „Aber durch den Arbeitsvertrag haben sich Gefolgsmann und Unternehmer nicht nur verpflichtet, die übernommene Stellung anzunehmen, sondern auch bis zur rechtmäßigen Lösung der beiderseitigen Beziehungen darin zu verharren. Von dieser Verpflichtung befreit sie die Anfechtung des Arbeitsvertrages." (Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 97.) U. könnte also dann das Arbeitsverhältnis durch Anfechtung des Arbeitsvertrages lösen, ohne daß es einer Kündigung bedarf. „Voraussetzung und Folgen der Anfechtung sind die gleichen wie vor Beginn des Arbeitsverhältnisses. Der Unterschied ist nur, daß diesmal ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, dem die Anfechtung des Arbeitsvertrages nichts anhaben kann und das seine eigenen Rechtsfolgen äußert. Für die Vergangenheit bleibt also alles beim alten." (So Nikisch, a. a. O. S. 97.)

Dieser von Nikisch entwickelten Methode stehen jedoch ebenfalls grundsätzliche Bedenken entgegen. Einmal gesteht Nikisch dem Arbeitsvertrag derart starke Einwirkungen auf das Arbeitsverhältnis zu, daß man beinahe an dessen rechtlicher Selbständigkeit zweifeln könnte. Zum anderen kann man die Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht allein von einem tatsächlichen Vorgang abhängig machen. Der mit dem Wort „Einstellung" gekennzeichnete Antritt der Beschäftigung ist eben etwas mehr als ein lediglich tatsächliches Verhalten der Beteiligten. Man wird nicht leugnen können, daß hierbei auf Seiten des Beschäftigten wie des Unternehmers zugleich auch ein entsprechender Wille vorhanden sein muß.

Enthält die „Einstellung" aber notwendigerweise einen solchen Willen, so wird sie dadurch zum Rechtsgeschäft, das nach § 119 II BGB. angefochten werden kann. Aber gerade eine solche Lösung wollten und müssen wir vermeiden, um nicht wieder zur ungerechtfertigten Bereicherung zu gelangen.

Eine andere Richtung will dieser Schwierigkeit aus dem Wege gehen, indem sie behauptet, daß die Folgen der Anfechtung ihre Grenzen in der dem Gefolgsmann und dem Unternehmer auferlegten Treupflicht finden. Die Anfechtungsgründe des BGB. sollen dem Berechtigten nur das Recht geben, sich für die Zukunft vom Arbeitsverhältnis loszusagen (Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 16 zu § 2 AOG.). Und zwar soll diese Lossagung keine Kündigung, sondern die Geltendmachung eines Mangels sein, der dem Arbeitsverhältnis die Rechtsbeständigkeit nimmt. Aber auch diese Methode läßt sich zumindest in ihrer letzten Folgerung nicht vertreten. Denn eine „Lossagung" vom Arbeitsverhältnis scheint mir nur dann möglich zu sein, wenn dem Arbeitsverhältnis ein Mangel anhaftet, der auf einem absoluten Nichtigkeitsgrund beruht. Ist ein Arbeitsverhältnis jedoch nur anfechtbar, so besteht es zunächst einmal wirksam und ohne Fehler, so daß es nur durch ein typisch rechtliches Gestaltungsmittel wieder vernichtet oder aber beendet werden kann. Rechtliche Gestaltungsmittel dieser Art können aber nur die Anfechtung oder die Kündigung sein. Die oben erwähnte „Lossagung" ist aber keine Anfechtung mehr, weil ihr die typische, ja geradezu das Wesen der Anfechtung bestimmende ex-tunc-Wirkung fehlt. Es bleibt daher nur noch die Möglichkeit, das anfechtbare Arbeitsverhältnis durch fristlose Kündigung zu zerstören.

Dieser Weg dürfte m. E. auch bei der heutigen Gesetzeslage zu dem richtigen Ergebnis führen. Die Möglichkeit einer Anfechtung des Arbeitsverhältnisses nach Antritt der Beschäftigung muß eben überhaupt ausgeschlossen werden. Denn die Tatsache, daß bereits ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis bestanden hat, läßt sich nicht mehr beseitigen. Es würde dem Wesen einer auf beiderseitiger Treue begründeten Betriebsgemeinschaft widersprechen, wollte man die Rechtswirkung des Arbeitsverhältnisses so behandeln, als hätte es überhaupt nicht bestanden. An die Stelle der Anfechtung muß daher ein Recht auf fristlose Kündigung treten (Hueck, S. 90). Diese Ansicht findet auch ihre Stütze in § 9 des Akademieentwurfs, der für die künftige gesetzliche Regelung des Arbeitsverhältnisses einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet.

Nach geltendem Recht wäre eine fristlose Kündigung immer dann möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 70 HGB., § 626 BGB.). Was ein wichtiger Grund sein kann, ist in den §§ 71, 72 HGB. für das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen näher umschrieben. Die dort vorgenommene Aufzählung ist jedoch nur beispielhaft und schließt nicht aus, daß auch andere Umstände und Ereignisse einen wichtigen Grund bilden können. Die Rechtsprechung hat daher den Leitsatz entwickelt, daß ein wichtiger Grund über die in dem Gesetz besonders angeführten Fälle hinaus immer dann gegeben ist, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und die Innehaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann. (Palandt, Anm. 3a zu § 626 BGB.) Im Hinblick auf § 109 des AkEntwurfs ist man jedoch von dieser rein subjektiven Betrachtungsweise etwas abgegangen und verlangt daneben noch, daß die Weiterbeschäftigung auch dem Wesen der Arbeitsgemein-

schaft und der Art des Arbeitsverhältnisses widersprechen müsse. Beide Voraussetzungen dürften in unserem Falle gegeben sein. Es ist dem U. nicht zuzumuten, den Angestellten H. in der Verkaufsabteilung weiter zu beschäftigen, da er infolge der bereits einmal gezeigten Neigung des H. zur Unterschlagung ständig befürchten muß, daß H. erneut in Versuchung gerät. Darüber hinaus muß man gerade heute im Zeitalter des Warenmangels und der wachsenden Bedeutung aller Sachwerte in der schwer zu überwachenden Verkaufsabteilung eines Warenhauses Angestellte beschäftigen, die absolut zuverlässig sind, und von denen nicht zu erwarten steht, daß sie sich an den meist bezugsbeschränkten Waren vergreifen. Da eine solche Gewähr in unserem Falle nicht gegeben ist, kann der wichtige Grund zur fristlosen Kündigung auch schon aus dem Wesen des hier vorliegenden Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden. Dem steht ferner nicht entgegen, daß sich das Vorkommnis, auf dem der wichtige Grund beruht, bereits vor Eingehung des Arbeitsverhältnisses ereignet hat. (Palandt a. a. O.)

Da also hier die fristlose Kündigung bereits durch einen wichtigen Grund gestützt wird, erübrigt sich die Untersuchung, ob der in seinen Voraussetzungen mildere Grund zur Anfechtung unmittelbar ein wichtiger Grund im Sinne des § 70 HGB. sein kann oder nicht.

Auch die Tatsache, daß U. erst kündigt, nachdem er bereits 14 Tage von der Vorstrafe des H. gewußt hat, kann noch nicht zu einer Verwirkung des Kündigungsrechts führen, da dem HGB. eine dem § 123 II GewO. entsprechende Bestimmung fehlt und andererseits dem Betriebsführer aus dem weiter oben dargestellten Grunde eine eher vorzunehmende Kündigung nicht zugemutet werden konnte.

Nach den hier angestellten Untersuchungen hat also U. das Arbeitsverhältnis zwar nicht angefochten, aber doch fristlos gekündigt. Diese Kündigung konnte aber keine Rechtsfolgen auslösen, da der Betriebsführer nicht die nach § 1 der ArbeitsplatzwechselVO. (AWVO.) erforderliche Zustimmung des Arbeitsamtes eingeholt hat. Das Arbeitsverhältnis besteht daher nach wie vor weiter, so daß U. zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Die Weiterzahlung des Gehalts ist also keine zusätzliche soziale Leistung des U., sondern entspricht lediglich seiner Lohnzahlungspflicht.

Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung ist dagegen hier zu verneinen. Nach heutiger Auffassung ist zwar die Arbeit sittliche Pflicht gegenüber Volk und Staat, so daß der Unternehmer den Arbeiter nicht willkürlich an der Erfüllung dieser Pflicht hindern darf. Das Recht des Gefolgsmannes muß jedoch auch seine Grenze haben. Ist, wie in unserem Falle, ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gegeben und kommt diese Kündigung nur deshalb nicht zur Auswirkung, weil es an einer formellen Voraussetzung wie der Zustimmung des Arbeitsamtes fehlt, so kann dem Unternehmer nicht zugemutet werden, den Angestellten weiter zu beschäftigen.

Zusatz 1

Wäre H. am 1. 10. eingezogen worden, so hätte sich das Arbeitsverhältnis nach § 1 der AbänderungsVO. vom 1. 9. 1939 in ein sog. ruhendes Arbeits-

verhältnis verwandelt, und zwar in ein fehlerlos ruhendes, weil das Arbeitsverhältnis auch im Zeitpunkt der Einberufung voll rechtswirksam bestanden hat. Da es nach den oben gemachten Ausführungen nicht angefochten, sondern nur durch fristlose Kündigung beendet werden kann, hätte U. die Zustimmung des Reichstreuhänders nach § 2 der AbänderungsVO. und die Zustimmung des Arbeitsamtes nach § 1 der AWVO. beibringen müssen. Das im § 2 der AbänderungsVO. allgemein ausgesprochene Kündigungsverbot muß für den Unternehmer auch dann gelten, wenn er nach der Einberufung des Gefolgsmannes aus einem Grunde kündigen will, der schon vor der Einberufung des Arbeiters gegeben war, den er aber erst später erfahren hat. (Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 154.) Auf die beiden Zustimmungserfordernisse kann also nicht verzichtet werden. Da diese Voraussetzungen aber in unserem Falle fehlen, konnte U. den zum Wehrdienst einberufenen H. nicht entlassen.

Zusatz 2

a) Hauptfall:

Hätte U. vorher die Zustimmung des Arbeitsamtes eingeholt, so wäre die Kündigung wirksam gewesen und das Arbeitsverhältnis zum 31. 10. beendet worden. Von diesem Zeitpunkt an erlischt dann auch der Anspruch des H. auf Lohnfortzahlung. Gewährt U. dem H. die Weiterzahlung des Gehalts bis zum 10. 11., so ist darin die Leistung einer Prämie als Anerkennung für die bisher gut verrichtete Arbeit zu sehen. Es handelt sich also dabei aussschließlich um eine zusätzliche soziale Leistung, die mit der Lohnzahlungspflicht des U. nichts mehr zu tun hat, sondern allenfalls Ausfluß einer Fürsorgepflicht nach § 2 II AOG. sein könnte.

b) **Zusatz 1**

Nach § 2 der AbändVO. bedarf U. für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses neben der Zustimmung des Arbeitsamtes nach § 1 der AWVO. aber auch noch der Zustimmung des Reichstreuhänders. Da im Sachverhalt nur von der Zustimmung des Arbeitsamtes die Rede ist, könnte man annehmen, daß U. nicht zur Kündigung berechtigt gewesen sei, weil die Feststellung einer zulässigen Ausnahme seitens des Reichstreuhänders fehlte. Da sich unser Fall jedoch erst im Jahre 1941 zugetragen hat, kommt hier ein Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 12. 12. 1940 zum Zuge, der diese Bedenken ausschaltet. Nach diesem Erlaß (Reichsarbeitsblatt 1940 I 614) soll das doppelte Zustimmungsverfahren vermieden werden. Daher hat der RAM. gemäß § 21 AOG. die Leiter der Arbeitsämter insoweit zu Beauftragten des Reichstreuhänders ernannt, so daß die Entscheidung der Arbeitsämter über die Zustimmung zur Kündigung zugleich auch die Entscheidung des Reichstreuhänders über die Zulassung der Kündigung nach § 2 der AbändVO. enthält. Dem H. konnte also trotz seiner Einberufung zur Wehrmacht wirksam gekündigt werden, da anzunehmen ist, daß der Entscheid des Arbeitsamtes beide Zustimmungen enthielt. Das Arbeitsverhältnis ist damit also erloschen.

Herausgeber: Prof. Dr. Siebert
Verlag: „Die Brücke", Wilhelm Neumann, Berlin — Druck C 1538

FELDPOST-BRIEFE

der Juristischen Fakultät
der Universität Berlin

RUNDBRIEF Nr. 22

Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Berlin
— Fernbetreuung —
Professor Dr. Siebert

Zuschriften an
Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
— Fernbetreuung —
Berlin C 2, Unt. d. Linden 6

22. Rundbrief

Lieber Kamerad!

Wie Sie wissen, hat die Entwicklung der Kriegslage in den letzten Wochen zu einschneidenden Veränderungen im zivilen Sektor geführt. Davon ist nicht zuletzt die Universität ebenfalls betroffen worden. So sind uns denn viele besorgte Zuschriften zugegangen, die danach fragten, ob im totalen Kriege der Universitätsbetrieb überhaupt noch weitergeführt werde und ob insbesondere nun auch die Fernbetreuung von den allgemeinen Einschränkungsmaßnahmen erfaßt werde. Darauf können wir heute folgendes antworten:

Die Fernbetreuung läuft einstweilen im bisherigen Umfang weiter. Ob die allgemeinen personellen Einsparungsmaßnahmen späterhin auch hier zu einer Einschränkung führen werden, läßt sich noch nicht übersehen. Jedenfalls werden wir alles daransetzen, die Fernbetreuung weiterzuführen, um die Verbindung mit allen Kameraden aufrecht zu erhalten und diese auch weiterhin in ihrer beruflichen Fortbildung zu unterstützen. Im Augenblick bereitet uns nur die Frage der Versendung gewisse Schwierigkeiten. Die Post hat teilweise Sendungen wegen Übergewichts zurückgeschickt, und wir müssen deshalb alle Kameraden, die gelegentlich nichts von uns hören, einstweilen um Geduld bitten. Wir werden versuchen, auch diese Schwierigkeit zu überwinden, jedoch ist es andererseits möglich, daß weitere Einschränkungsmaßnahmen der Post die Lage noch mehr verschärfen. Sollte dadurch eine wesentliche Veränderung in Umfang und Art unserer Betreuung eintreten, so werden wir Ihnen dies rechtzeitig mitteilen.

Über die Auswirkungen des totalen Kriegseinsatzes auf den Universitätsbetrieb werden wir Sie noch ausführlicher unterrichten in einem Sonderheft über Ausbildungs- und Berufsfragen, das wir in einem der nächsten Monate unseren Rundbriefen beizulegen hoffen. Kurz zusammengefaßt sind die wesentlichsten hier maßgebenden Anordnungen für unsere Fakultät die folgenden:

Die Kriegsversehrten können weiter studieren. Kriegsversehrte können sich auch weitgehend noch neu immatrikulieren lassen. Dagegen werden alle übrigen Studenten und Studentinnen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultäten dem totalen Kriegseinsatz zur Verfügung gestellt.

Ausgenommen sind nur die Examenssemester, d. h. diejenigen Studierenden, die bis 1. 5. 1945 ihre Abschlußprüfung ablegen werden.

Diese radikalen Einschränkungsmaßnahmen für die rechtswissenschaftlichen Fakultäten, denen in den anderen Fakultäten jeweils ähnliche Maßnahmen entsprechen, ermöglichen die Zusammenlegung einer Anzahl von Fakultäten innerhalb des Reichsgebietes. Unsere Berliner Fakultät wird aber auf jeden Fall bestehen bleiben.

Dem erwähnten Sonderheft über Ausbildungsfragen wird auch ein kurzer Bericht über das vergangene Sommer-Semester 1944 beiliegen. An dieser Stelle möchte ich nur erwähnen, daß wir zur Zeit, d. h. also in den Semesterferien, Wiederholungskurse für Kriegsteilnehmer eingerichtet haben. Die Kurse sind sehr gut besucht (bis zu 70 Mann in einem Kursus) und haben sich sehr bewährt. —

Unser Rundbrief enthält diesmal den Abdruck eines Aufsatzes von Gesandten Professor Dr. Berber, Berlin, über den totalen Krieg, ferner einen Beitrag von Dr. Figge, Berlin, über „Die Operation als Körperverletzung", der an Hand eines praktischen Rechtsfalles ein allgemein interessierendes Problem behandelt, sowie einen neuen familienrechtlichen Rechtsfall von Regierungsrätin v. Brünneck. Ferner setzen wir den Abdruck meines Kollegheftes über Personen- und Familienrecht fort. Hieraus enthielt bereits der vorige Rundbrief die ersten Abschnitte über Gliederung und Einheit der Rechtsordnung, über die systematische Stellung des Personen- und Familienrechts und seine Abgrenzungen gegenüber anderen Rechtsgebieten und schließlich über den Aufbau des Personen- und Familienrechts. Hieran schließt sich nun der Abschnitt über die Rechtsfähigkeit an. Schließlich enthält der Rundbrief noch einen Beitrag über die Schwägerschaft, der durch die Zuschrift eines Kameraden angeregt ist. — Als Anlage enthält der Rundbrief ein Sonderheft (Nr. 2) über Arbeitsrecht sowie die Prager Feldpostbriefe Nr. 22 und 23.

Zum Schluß möchte ich wieder allen denen, die an mich persönlich oder an die Fakultät geschrieben haben, auf diesem Wege herzlich danken. Diese Briefe von Kameraden sind uns gerade jetzt eine besondere Freude und ein Ansporn zur Weiterarbeit. Die gegenwärtige Zeit verlangt von uns allen eine Steigerung des persönlichen Einsatzes für das Gesamtziel. Wir wissen uns mit Ihnen einig in dem unerschütterten Glauben, daß es dieser letzten gewaltigen Kraftanstrengung unseres Volkes gelingen wird, auch diese Krisenzeiten zu überwinden, und gedenken Ihrer aller in herzlicher Verbundenheit.

Heil Hitler!

Ihr

gez. Siebert.

Berlin, Mitte Oktober 1944.

Buchanforderungen

Folgende Bücher, auf die wir bereits in früheren Rundbriefen hingewiesen haben, können noch bei uns angefordert werden:

Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.
Rudolf von Ihering, Der Kampf ums Recht, 1873.
Franz Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 1901.
Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1883.

Ferner können folgende weitere Bücher der Reihe „Deutsches Rechtsdenken", Lesestücke für Rechtswahrer bei der Wehrmacht, angefordert werden:

Anselm von Feuerbach, Deutsche Gesetzgebung und historische Rechtswissenschaft, 1816.
Samuel Pufendorf, Die Gemeinschaftspflichten des Naturrechts, 1668.
Carl Gottlieb Svarez, Zum preußischen Volksgesetzbuch, 1793.
Johannes Althusius, Grundbegriffe der Politik, 1603.
Gottfried Wilhelm Leibniz, Über die Festigung des Reiches, 1870.
Gustav Rümelin, Über das Rechtsgefühl, 1871.
Ulrich Zasius, Von wahrer und falscher Jurisprudenz. (Aus Briefen und Schriften der Jahre 1518/25.)
Johann Oldendorp, Was billig und recht ist, 1529.

Ferner weisen wir noch besonders auf das Vorlesungsmanuskript von Professor Dr. Siebert über Vertrag und Unrecht hin, das ebenfalls bei uns noch vorrätig ist. Dieses Heft ist in der Hauptsache für solche bestimmt, die bereits ein oder mehr Semester studiert haben, vgl. die ausführliche Besprechung auf Seite 2 des Rundbriefes Nr. 20.

Ferner kann angefordert werden ein Vorlesungsmanuskript von Professor Dr. Siebert über Personen- und Familienrecht, von dem wir bereits einen Teil im Rundbrief 21 zum Abdruck gebracht haben und einen weiteren Teil in diesem Rundbrief unten S. 19 abdrucken. Für dieses Vorlesungsmanuskript gilt das gleiche wie für das Manuskript „Vertrag und Unrecht", es ist also in erster Linie für Studenten bestimmt, die diese Vorlesung bereits gehört haben. Wir haben es deshalb schon mit dem vorigen Rundbrief an alle die Kameraden hinausgeschickt, die nach unserer Kartei ein oder mehr Semester studiert haben. Jedoch kann das Heft hoffentlich auch dem ersten Anfänger manches bieten.

Schließlich können auch wieder die rechtsphilosophischen Feldpostbriefe von den Interessenten bei uns angefordret werden. Wir bitten auch diejenigen, die sich bereits früher bei uns gemeldet haben, ihre Meldung zu wiederholen, da die hierüber geführte Liste verbrannt ist.

Es kann weiter angefordert werden der eben erschienene Teil 3 der Soldatenbriefe zur Berufsförderung der Rechtswahrer. Wir weisen besonders auf die Aufsätze von Prof. Dr. Siebert über „Wandlungen und Entwicklungslinien im bürgerlichen Recht" und von Sen.-Präs. Dr. Friedrich über „Berufsweg und Berufsaussichten des Kriegsteilnehmers" hin.

Neue Studienordnung

Wie einige von Ihnen vielleicht schon in der Presse gelesen haben, ist für das Studium der Rechtswissenschaft eine neue Studienordnung erlassen worden. Wir bringen in Kürze ein Sonderheft heraus, in dem diese Fragen ausführlich behandelt werden. Das Sonderheft wird automatisch an alle Betreuten verschickt.

Vom totalen Kriege

Von Gesandten Prof. Dr. Friedrich Berber, Berlin,
entnommen der Zeitschrift „Auswärtige Politik", Heft 4, April 1943.

Das Wort „total" gehört zu den symbolischen Worten, in denen sich der ungeheure Ernst und die grenzenlose Bereitschaft einer einzigartigen historischen Epoche ausdrückt und sie von behaglicheren und idyllischeren Zeiten mit eindringlicher Deutlichkeit abhebt. Man spricht von totalem Staat, von der Totalität einer Weltanschauung, von totalem Einsatz, von totaler Hingabe, von totaler Mobilmachung, von totalem Sieg, von totalem Krieg. Dabei ist die jeweils gemeinte Totalität durchaus nicht ein keiner Steigerung mehr zugängliches Extrem, sondern der Begriff der Totalität kennt Abstufungen mannigfaltigster Art, und was zu einem bestimmten Zeitpunkt als „total" erschien, kann in nicht ferner Zukunft als durchaus partiell angesehen und weit überboten werden.

Vielleicht das augenfälligste Merkmal, das Kriege früherer Zeiten von unseren heutigen Kriegen unterscheidet, war die Kleinheit des militärischen Einsatzes. Wir können die Bevölkerungsziffer Deutschlands für den Beginn der Neuzeit mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit auf mindestens ein Viertel der heutigen Einwohnerzahl veranschlagen. Stellen wir dieser Tatsache die uns bekannten Zahlen der Heere jener Zeit gegenüber, so ergibt sich, daß ein verschwindend kleiner Teil der Bevölkerung am Kriege aktiv teilnahm. Aus den uns erhaltenen Anschlägen für die Romzugs-Hilfe in Truppen zu Roß und zu Fuß aus dem Jahre 1521 zum Beispiel ergibt sich, daß die Pfalz, Sachsen und Brandenburg, alles drei besonders menschenreiche Kurfürstentümer, je 60 Reiter und 277 Fußsoldaten zu stellen hatten; die Zahlen für Augsburg sind 25 und 150, für Verdun 10 und 45, für Basel 10 und 180, für Hamburg 20 und 120, für Burgund („mit seinen Furstenthumb zum Reich gehorig") 120 und 600, für Savoyen 60 und 277, für Oldenburg 4 und 30, für Ostfriesland 8 und 45.

Gegenüber diesem Lehnskriegseinsatz einer bunt zusammengewürfelten Truppe mußte die Einführung stehender Söldnerheere wie ein Schritt zur Totalität erscheinen, aber dem 19. Jahrhundert (so etwa Clausewitz) erschien doch erst der Masseneinsatz der französischen Volksheere, der Levée en masse, als der eigentlich totale, „absolute" Krieg. Wir werden aber nach unseren heutigen Maßstäben auch diesen großen Volksheeren nicht den totalen Charakter zubilligen, wenn wir hören, daß die französischen Freiwilligen des Jahres 1792 sich nur für die gute Jahreszeit zu verpflichten brauchten, am 1. Dezember jedes Jahres nach Hause zurückkehren durften, vorausgesetzt, daß sie eine zweimonatige Kündigungsfrist einhielten!

Damit kommen wir zu einem zweiten Unterscheidungsmerkmal des totalen Krieges vom Idyll des Turnier-, des Duell-, des ritterlichen, des bürgerlichen Krieges: neben der geringen bzw. umfassenden Erfassung der Menschenreserven unterscheiden sie sich in der Intensität und Rationalität der Art der Kriegführung. Wir können uns heute schwer eine Panzertruppe mit Regenschirmen ausgestattet vorstellen, haben aber noch in diesem Jahrhundert mit Regenschirmen ausgestattete Armeen etwa in China erlebt, um die Soldaten vor Erkältungen zu bewahren! Der Jahrhunderte alte Brauch, bei Einbruch des Winters den Krieg abzubrechen und in die Winterquartiere zu gehen, bei Einbruch der Dunkelheit den Kampf aufzugeben und sich schlafen zu legen, entspricht einer Kriegsauffassung, die mit Totalität ebenso unvereinbar ist wie die Sitte mohammedanischer Heere, den Kampf zur Abhaltung der Abendgebete abzubrechen.

Diese gemäßigte Form des Krieges konnte naturgemäß nur durchgehalten werden, wenn auch der Gegner die gleichen Formen einhielt (Duell-Charakter des gemäßigten Krieges!). Hält sich der Gegner nicht an diese Formen, so hat man nur die Wahl, sie selbst fallen zu lassen oder unterzugehen. Die Hunnen überwanden ihre Gegner nicht nur um deswillen, weil sie mit den ungeheuren Menschenmassen eines ganzen wandernden Volkes einbrachen, sondern auch, weil ihre Schnelligkeit die ihrer Gegner bei weitem übertraf: sie benutzten die bis dahin im Abendland unbekannte Einrichtung der Steigbügel, die ihnen nicht nur anhaltende Dauerritte ermöglichte, sondern deretwegen ihnen von den erschrockenen Bürgern des Abendlandes sogar angedichtet wurde, daß sie auf ihren Pferden äßen und schliefen. Wenn das Abendland ihnen nicht ein ähnliches Massenaufgebot entgegenzustellen, sich ihnen nicht in der Neuartigkeit der Kriegsmittel anzupassen vermochte, war es verloren.

Dies gilt natürlich erst recht, wenn der Gegner auch die Kriegsmanier, die aus dem Sinn des Krieges selbst oder aus der Absicht, ihn zu humanisieren, herausgewachsenen Gewohnheiten und Rechtssätze mißachtet. Der Krieg wird dadurch über den bloß totalen Krieg hinaus zum absoluten Krieg im Sinn des bellum legibus absolutum, der unter Einsatz aller zu Gebote stehenden technischen und militärischen Mittel ohne Rücksicht auf Menschlichkeit, Ritterlichkeit und Völkerrecht geführt wird, wie etwa der Aus-

hungerungskrieg gegen Frauen und Kinder oder der Luftkrieg gegen die friedliche Zivilbevölkerung. Das Volk, das bei solcher Einstellung des Gegners nicht rechtzeitig die Kraft zur Gegenwehr findet, würde Selbstmord im buchstäblichen Sinne des Wortes begehen. Art und Maß des gegnerischen Einsatzes bestimmen Art und Maß des eigenen Einsatzes und damit Art und Maß der Kriegstotalität. Der Krieg wird damit zum Kampf auf Leben und Tod; die beiderseitigen Kriegsziele schließen sich gegenseitig aus, es gibt keine Möglichkeit eines Kompromisses über sie, der Krieg muß bis zum bitteren Ende, bis zu Sieg oder Niederlage ausgefochten werden. Ein solcher Ausrottungskrieg schien durch die moderne Entwicklung der internationalen Beziehungen auf immer in die dunklen Abgründe der primitiven Zeiten versunken zu sein; wir erleben heute mit Entsetzen, daß er sich allen humanitären Ideologien zum Trotz wiederum durchgesetzt hat. Dadurch, daß inmitten der modernen Welt ein Gebilde riesenhafter Dimensionen und dämonischer Barbarei entstehen konnte, das die Persönlichkeit im Sinne der abendländischen Tradition zum Nichts herabwürdigte, das Freiheit und Menschenwürde mit Füßen trat und mit Hilfe eines Heeres von Arbeitssklaven eine gigantische Aufrüstung durchführte, um bei erster Gelegenheit die ahnungslose Kulturmenschheit erbarmungslos zu zermalmen, wurden längst vergessene Angstträume der Menschheit zur bedrohlichsten Wirklichkeit und alle Maßstäbe bisheriger Kriege ins Grenzenlose übersteigert. Daß dieses Geschwür über zwanzig Jahre lang in der Menschheit wuchern konnte, war nur möglich, weil man Deutschland, ohne das die Bereinigung dieses Komplexes nicht denkbar war, 1918 wehrlos und unfähig gemacht hatte, einer menschlichen Ordnung in den weiten Ostgebieten am Rande des Abendlandes wieder zum Siege zu verhelfen. Als Deutschland endlich, in letzter Stunde, sich selbst die Kraft geschaffen hatte, zum Kampf gegen dieses Ungeheuerliche anzutreten, da war in Rußland eine ganze Generation in der falschen Lehre groß geworden, und der Kampf gegen diese entseelten und technisierten Menschenmassen wurde unsagbar schwer. Wenn einst das große und harte Schicksal der Gegenwart für eine ferne Nachwelt in ähnlicher Weise zum Mythos geworden sein wird, wie uns Heutigen der Kampf der Achäer um Troja oder der Nibelungen Not, dann wird es als eine schwer verständliche Tragik erscheinen, daß hinter dem stellvertretenden Kampf Deutschlands nicht die moralische und materielle Unterstützung der ganzen übrigen Kulturwelt stand, sondern daß in diesem Kampf einige der reichsten Nationen der Welt Deutschland in den Rücken fielen, damit freilich zugleich für den Fall des Gelingens ihrer Absicht im wahrsten Sinne des Wortes Selbstmord begehend. Und dabei wird dieser Rückenkrieg des Westens gegen Deutschland in Wiederholung der Weltkriegs-Ideologie und in ihrer Übersteigerung durch die Phraseologie des Völkerbundes wie des diskriminierenden Kriegsbegriffs als eine Art Kreuzzug, als eine Art Strafkrieg gegen einen Schuldigen, als eine Art Sanktionskrieg gegen den Rechtsbrecher, als eine Art gerechter Krieg gegen den Ungerechten propagiert,

im Sinne jener Äußerung des amerikanischen Marineministers Knox vor dem Marinehilfswerk in Los Angeles vom 4. Mai 1942: „In diesem Krieg steht alles auf dem Spiel, alles was wir haben, und alles was wir sind. Entweder wir oder sie — es gibt keinen Pardon!" Damit tritt als weiteres Merkmal des totalen Krieges die Totalität der feindlichen Gesinnung, des Hasses, des Vernichtungswillens hinzu, die keine ehrliche, ritterliche Gegnerschaft kennt, sondern sich selbst die Rolle des Richters zuerkennt, der den Bösen verurteilt und bestraft und ihm damit die Gleichberechtigung von vornherein versagt, zugleich den kriegerischen Gegensatz in einen weltanschaulichen ausweitend, der mit religiösem Fanatismus ausgetragen wird.

So ist Deutschland von allen Seiten umgeben von totalen Bedrohungen und Gefahren, denen gegenüber nur totale Beschlüsse der Führung und totaler Einsatz des ganzen Volkes sich bewähren können. Der totale Krieg ist kein ersehntes Programm und keine romantische Ideologie, sondern die harte Notwendigkeit einer hundertprozentigen Gefährdung, der gegenüber alle Trägheit des Herzens wie des Willens zum Verbrechen wird.

Lösung des Rechtsfalles aus dem 21. Rundbrief:

Operation als Körperverletzung?

Rechtsfall aus dem Strafrecht für Vorgerückte

von Dr. F i g g e, wissenschaftlicher Assistent
am Kriminalistischen Institut der Universität Berlin.

Dem Oberarzt A., der die chirurgische Abteilung eines Krankenhauses in X-Stadt leitet, wurde ein 7jähriges Mädchen, das an einer eitrigen Fußentzündung litt, zugeführt. Der Oberarzt stellte eine tuberkulöse Vereiterung der Fußwurzelknochen fest und erklärte zur Erhaltung des Lebens des Kindes eine Operation für unbedingt erforderlich. Als der Vater der kleinen Patientin hiervon erfuhr, begab er sich zu dem Oberarzt A. und erklärte ihm, er wolle auf jede Gefahr hin nicht, daß sein Kind zum Krüppel werde und widerspreche jeder Operation. Im übrigen sei er als Anhänger der Naturheilkunde grundsätzlich Gegner jeder chirurgischen Behandlung. A. machte den Vater daraufhin auf die weittragenden Folgen seiner Weigerung für das Leben des Kindes aufmerksam und suchte ihn von der unabweisbaren Notwendigkeit des Eingriffs zu überzeugen. Als sich der Vater von dem Oberarzt verabschiedete, hatte dieser den Eindruck, der Vater sei nunmehr mit der Operation einverstanden.

Am nächsten Tage sollte die Operation vorgenommen werden. Die Patientin wurde für die Operation vorbereitet und narkotisiert. Als der Arzt gerade mit der Operation beginnen wollte, erschien eine Schwester an der Tür des Operationssaals und meldete: „Der Vater ist da und will sein Kind holen". Der Oberarzt erwiderte: „Jetzt ist es zu spät, ich werde später mit

dem Vater sprechen". Der Oberarzt führte nunmehr die Operation kunstgerecht durch. Durch den Eingriff ist die tuberkulöse Infektion behoben worden, die Kräfte der Patientin haben zugenommen, und das Kind erfreut sich heute bester Gesundheit.

Als der Vater des Kindes von der Operation erfuhr, zeigte er den Oberarzt bei der Staatsanwaltschaft an. Die Staatsanwaltschaft erhob daraufhin gegen A. Anklage wegen Körperverletzung (§§ 223 flg. StGB).

Ist A. zu verurteilen?

Wie wäre der Fall strafrechtlich zu beurteilen, wenn der Oberarzt infolge der Weigerung des Vaters die Operation unterlassen hätte und das Kind an der tuberkulosen Infektion gestorben wäre?

Gesetzestexte

Aus dem Strafgesetzbuch.

§ 223 StGB:

(Leichte Körperverletzung.) Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängnis nicht unter einem Monat zu erkennen.

§ 223 a StGB:

(Gefährliche Körperverletzung.) Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls oder von mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Monaten ein.

§ 222 StGB:

(Fahrlässige Tötung.) Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bestraft.

§ 230 StGB:

(Fahrlässige Körperverletzung.) Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines anderen verursacht, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

§ 330 c StGB:

Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies nach gesundem Volksempfinden seine Pflicht ist, insbesondere wer der polizeilichen Aufforderung zur Hilfeleistung nicht nachkommt, obwohl er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten genügen kann, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Aus der Reichsärzteordnung.

I. Abschnitt. *Der Arzt.*

§ 1

(1) Der Arzt ist zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen.

Er erfüllt eine durch dieses Gesetz geregelte öffentliche Aufgabe.

(2) Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe.

§ 19

Die deutsche Ärzteschaft ist berufen, zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung und Hebung der Gesundheit, des Erbguts und der Rasse des deutschen Volkes zu wirken.

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch:

§ 677 BGB:

(Pflichten des Geschäftsführers.) Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.

§ 679 BGB:

(Ausnahmen.) Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

§ 1627 BGB:

(Inhalt der elterlichen Gewalt.) Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen.

§ 1630 BGB:

(Gesetzliche Vertretung.) Die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt die Vertretung des Kindes.

Die Vertretung steht dem Vater insoweit nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist. Das Vormundschaftsgericht kann dem Vater nach § 1796 die Vertretung entziehen.

§ 1664 BGB:

(Maß der Sorgfalt.) Der Vater hat bei der Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde gegenüber nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

§ 1666 BGB:

(Gefährdung des Kindes.) Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird.

Hat der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und ist für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen, so kann dem Vater auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden.

Lösung

Dem juristisch nicht gebildeten Volksgenossen mag es verwunderlich erscheinen, daß ein Arzt, der einen jungen Menschen erfolgreich operiert und ihn dem Leben erhält und ihm seine Gesundheit wiedergibt, unter die Anklage der Körperverletzung gestellt wird. Ist es nicht überhaupt verfehlt, einen ärztlichen Heileingriff unter dem Gesichtspunkt der Körperver-

letzung zu betrachten? Liegt hier nicht ein offensichtlicher Mißgriff der Staatsanwaltschaft vor?

Mit diesen Fragen ist ein Problem angeschnitten, das seit mehr als einem halben Jahrhundert Wissenschaft und Praxis unter reger Anteilnahme der Ärzteschaft immer erneut beschäftigt. Und doch ist es trotz einer Unsumme ernstester Gedankenarbeit bisher nicht gelungen, die mit der ärztlichen Heilbehandlung zusammenhängenden rechtlichen Fragen einer restlos befriedigenden Lösung zuzuführen. Immer noch stehen Meinungen gegeneinander, und an jeder grundsätzlichen höchstrichterlichen Entscheidung entzündet sich die Diskussion neu.

Dieser an sich bedauerliche Zustand hat seinen Grund nicht etwa in einer professoralen Rechthaberei, sondern liegt vielmehr im Wesen der ärztlichen Tätigkeit selbst begründet. Der Arzt bedarf nun einmal zu einer erfolgversprechenden Behandlung der Mitarbeit des Patienten. Je williger sich dieser den ärztlichen Anordnungen fügt, je gläubiger er sich der ärztlichen Kunst anvertraut, desto größere Wahrscheinlichkeit besteht für das Gelingen der Behandlung. Ohne dieses Arzt und Patient verbindende Vertrauensverhältnis ist der Erfolg ärztlichen Bemühens von vornherein in Frage gestellt.

Für den Gesetzgeber und den Rechtswahrer ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, dieses Vertrauensverhältnis unter besonderen Schutz zu stellen. Der Arzt muß sich des in ihn gesetzten Vertrauens würdig erweisen. Es muß von ihm erwartet werden, daß er das nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft und Kunst Notwendige tut. Jede Art von Kurpfuscherei wird daher bestraft (§§ 222, 230, StGB). Das Vertrauen des Patienten verlangt ferner vom Arzt die Wahrung des Berufsgeheimnisses. Seine Verletzung ist grundsätzlich strafbar (§ 13 Reichsärzteordnung). Da Vertrauen nicht erzwungen werden kann, muß sich endlich der Patient den Arzt, dem er sich anvertrauen will, frei wählen können. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber den einzelnen Volksgenossen dem Behandlungszwang nur insoweit unterworfen, als es das allgemeine Wohl unbedingt erfordert (vgl. z. B. seuchenpolizeiliche Vorschriften, Geschl. Kr. Ges. u. a.). Darüber hinaus ist eine Behandlung ohne Zustimmung des Patienten (sogen. eigenmächtige Heilbehandlung) grundsätzlich unzulässig.

Wie wird nun unter Berücksichtigung dieser verschiedenen Gesichtspunkte der vorliegende Fall in der Praxis behandelt?

I.

1. Hat der Oberarzt A. an dem Kind eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB begangen?

§ 223 versteht seinem Wortlaut nach unter Körperverletzung eine körperliche Mißhandlung oder eine Gesundheitsbeschädigung. Letztere scheidet offensichtlich aus. Das Kind erfreut sich nach und infolge der Operation bester Gesundheit. Demnach spitzt sich das Problem auf die Frage zu,

ob der vorgenommene, ärztlich gebotene, kunstgerecht ausgeführte und gelungene Eingriff eine körperliche Mißhandlung darstellt. Man sollte meinen, daß die Frage stellen sie verneinen heiße. Mißhandlung bedeutet nach dem Sprachgebrauch ein unangemessenes, entwürdigendes, schlimmes Handeln. Alle diese Merkmale fehlen hier. A. hat das Mädchen in der ihrem Zustande einzig angemessenen Weise behandelt. Selbstverständlich kann diese Binsenwahrheit von niemandem geleugnet werden. Wenn daher das Reichsgericht auch den ärztlichen Heileingriff in jedem Falle dem Begriff der „körperlichen Mißhandlung" unterstellt, so hat dies andere Gründe: Bei der Auslegung des § 223 komme dem gewöhnlichen Sprachgebrauch keine maßgebliche Bedeutung zu. Der Sinn der Vorschrift ergebe sich vielmehr aus ihrer Entstehungsgeschichte. Auszugehen sei daher von § 187 des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851, der in den hier interessierenden Stellen lautete: „Wer vorsätzlich einen Anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder V e r l e t z u n g d e s K ö r p e r s zufügt . . ." Als der Gesetzgeber von 1871 statt dieser mehr kasuistischen Fassung die jetzige Formulierung wählte: „Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt . . .", habe er sachlich an dem bisherigen Rechtszustand nichts ändern wollen. Der Ausdruck „körperlich mißhandelt" könne daher nur im weitesten und allgemeinsten Sinne verstanden werden. Er umfasse jeden Eingriff in die körperliche Integrität eines anderen, wenn er geeignet erscheine, Schmerzgefühle hervorzurufen, körperliches Mißbehagen herbeizuführen oder eine Störung des körperlichen Wohlbefindens zu verursachen. Der — im übrigen von Zufälligkeiten abhängige — gute oder schlechte Erfolg oder gar der Zweck des Eingriffs könne an seiner Natur als „Mißhandlung" nichts ändern.

Von hier aus betrachtet kann es nicht zweifelhaft sein, daß jeder ärztliche Eingriff ohne Rücksicht auf seinen Erfolg eine „körperliche Mißhandlung" im Sinne des § 223 StGB darstellt. Da dem geltenden Recht eine Strafbestimmung gegen eigenmächtige Heilbehandlung fremd ist, eröffnet sich das Reichsgericht mit dieser Lehre die Möglichkeit, jeden ärztlichen Heileingriff auf seine Berechtigung hin nachzuprüfen und den eigenmächtig behandelnden Arzt wegen Körperverletzung zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen.

2. Wenn wir nun auf Grund der ständigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung feststellen mußten, daß der Oberarzt A. mit der Operation t a t b e s t a n d s m ä ß i g (objektiv) eine Körperverletzung begangen hat, so kann auf der anderen Seite besonders den Medizinern gegenüber nicht nachdrücklich genug betont werden, daß damit über die Strafbarkeit noch gar nichts gesagt ist. Diese ist vielmehr von zwei weiteren Voraussetzungen abhängig: der Rechtswidrigkeit und der Schuld. Daraus ergibt sich die zweite Frage:

Hat A. die Körperverletzung r e c h t s w i d r i g begangen?

Da Strafgesetze nun einmal menschliche Handlungen erfassen, die in aller Regel verboten sind, so ist mit der Tatbestandsmäßigkeit einer Hand-

lung zugleich die Vermutung für deren Rechtswidrigkeit gegeben. Mit anderen Worten: rechtswidrig ist jede tatbestandsmäßige Handlung, für deren Begehung dem Täter nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Dementsprechend ist zu fragen:

Was berechtigte A. zu der Operation?

Wenn der Gesetzgeber um des zwischen Arzt und Patienten notwendigen Vertrauensverhältnisses willen ein allgemeines Behandlungszwangsrecht ablehnt und damit dem Patienten das Recht zuerkennt, sich den Arzt, dem er sich anvertrauen will, frei zu wählen, so kann diesem Recht nur dadurch Geltung verschafft werden, daß die Behandlung des Arztes von der Zustimmung des Patienten abhängig gemacht wird. Von hier aus betrachtet wird es verständlich, daß das Reichsgericht grundsätzlich nur die Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund für den ärztlichen Heileingriff anerkennt. Dieser Grundsatz erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn z. B. bei Bewußtlosigkeit des Kranken dessen Einwilligung nicht eingeholt werden kann und Gefahr im Verzuge besteht. Hier soll der Arzt nach dem Vorgange der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 BGB) durch die „mutmaßliche Einwilligung" des Patienten gerechtfertigt sein.

Man könnte einwenden, daß unser Recht den Satz: „volenti non fit injuria" (dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht) nicht kenne. Wie z. B. die Strafbarkeit der Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getöteten (§ 216 StGB) beweise, könne einer strafbaren Handlung durch die Einwilligung des Betroffenen dieser Charakter nicht genommen werden. Nun sind allerdings die Grenzen der rechtfertigenden Kraft der Einwilligung sehr umstritten. Für Fälle der Körperverletzung hat jedoch dieses Problem seine Bedeutung verloren, denn in diesem Bereich hat das Gesetz die Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich anerkannt. Gemäß § 226a StGB ist eine mit Einwilligung des Verletzten vorgenommene Körperverletzung nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Die Rechtmäßigkeit der mit Zustimmung des Patienten vorgenommenen Operation bedarf daher keiner weiteren Darlegung.

Zur Einwilligung ist grundsätzlich nur der Patient selber berechtigt. Ist dieser jedoch wegen Geisteskrankheit oder jugendlichen Alters nicht in der Lage, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs und damit die Bedeutung der Einwilligung zu übersehen, so ist an seiner Stelle derjenige einwilligungsberechtigt, der die allgemeine Verantwortung für das geistige und leibliche Wohl des Kranken zu tragen hat. Aus der Kenntnis der allgemeinen Lebensbedingungen des Kranken, aus seiner Erfahrung und aus dem persönlichen Interesse, das er an dem Pflegebefohlenen nimmt, vermag er am besten die seiner Gesamtentwicklung zuträglichste Verfügung zu treffen. Zur Entscheidung über die Art und Weise der Behandlung des willensunfähigen Kranken ist daher derjenige berufen, dem das Recht zusteht und die Pflicht obliegt, für die Person des Kranken zu sorgen. In unserem Falle

steht dieses Recht in erster Linie dem Vater zu (§ 1627 BGB). Dieser hat seine Zustimmung ausdrücklich verweigert, und seine Weigerung, wie sein Verhalten am Operationstage beweist, trotz der Vorhaltungen des Arztes aufrecht erhalten. Ist damit die vom Oberarzt A. vorgenommene Operation rechtswidrig?

Schon das Rechtsgefühl sagt uns, daß diese Frage verneint werden muß. Die Richtigkeit dieser gefühlsmäßigen Entscheidung ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Um des zwischen Arzt und Patienten notwendigen Vertrauensverhältnisses willen muß zwar dem einzelnen Volksgenossen das Recht zugestanden werden, selbstverantwortlich darüber zu entscheiden, ob, von welchem Arzt und in welcher Weise er sich behandeln lassen will. Im allgemeinen kann ja auch von ihm erwartet werden, daß er sein ureigenstes Interesse in vernünftiger Weise zu wahren versteht. Ist jedoch dem Einzelnen die Entscheidung über fremdes Wohl und Wehe anvertraut, so müssen seiner Verfügungsmacht Grenzen gesetzt sein. Muß doch der Pflegebefohlene vor dem möglichen Unverstand, der Willkür oder gar der Feindseligkeit des Sorgeberechtigten unter allen Umständen geschützt werden. Gemäß § 1666 BGB darf daher der Vater sein Sorgerecht nicht mißbrauchen. Ein solcher Mißbrauch liegt vor, wenn der Vater aus unsachlichen Gründen die Zustimmung zu einem ärztlichen Eingriff verweigert, der nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft und Kunst die einzige Möglichkeit bietet, dem Kinde Leben und Gesundheit zu erhalten.

Gleichzeitig zeigt jedoch § 1666 BGB, daß dem Arzt auch im Falle der mißbräuchlichen Weigerung des Vaters kein freies Eingriffsrecht zusteht. Vielmehr ist dann das Vormundschaftsgericht berufen, die zur Abwendung der aus dem Mißbrauch des Vaters für das Kind entstehenden Gefahr notwendigen Maßnahmen zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann hierzu entweder die fehlende Einwilligung des Vaters ersetzen oder einen anderen Arzt mit der Behandlung des Kranken beauftragen oder auch gemäß § 1909 BGB einen Pfleger bestellen und diesem die Entscheidung überlassen.

Duldet jedoch der unabweisbar gebotene ärztliche Eingriff wegen des Zustandes des Patienten keinen Aufschub, und ist daher die vorherige Anrufung des Vormundschaftsgerichts ohne dringende Gefahr für das Kind nicht möglich, so darf der Arzt die Operation aus eigenem Rechte vornehmen. Dieses Recht gründet sich auf den sogenannten übergesetzlichen Notstand: Geraten Rechtsgüter verschiedener Personen miteinander derart in Widerstreit, daß das eine Gut nur unter Preisgabe des anderen Gutes erhalten werden kann, so ist die Verletzung nicht widerrechtlich, wenn das geringerwertige Gut dem höherwertigen geopfert wird. Nach ungeschriebenem Recht muß in diesem Falle der geringere Wert dem höheren Wert weichen. Kann daher das Leben des Kindes nur durch sofortige Operation gerettet werden und hat diese der Vater verweigert, so darf sich der Arzt

zugunsten der Erhaltung des Lebens des Kindes über die Entscheidungsgewalt des Vormundschaftsgerichts hinwegsetzen.

Daraus ergibt sich:

Die vom Oberarzt A. beabsichtigte Operation war das einzige Mittel, um Leben und Gesundheit des Kindes zu retten. Der Vater durfte demnach seine Zustimmung nicht verweigern. Mit dieser Weigerung machte er sich eines Mißbrauchs seines Sorgerechts schuldig. Der Eingriff konnte ferner nicht aufgeschoben werden, wenn nicht jede ärztliche Hilfe zu spät kommen sollte. Eine vorherige Anrufung des Vormundschaftsgerichts war daher nicht möglich. A. befand sich demnach im übergesetzlichen Notstand, der ihn berechtigte, in das Bestimmungsrecht des Vormundschaftsgerichts einzugreifen und die Operation von sich aus vorzunehmen.

Der Oberarzt A. ist von der Anklage der Körperverletzung freizusprechen.

II.

Hat A. infolge der Weigerung des Vaters die Operation unterlassen, und ist das Kind an der tuberkulösen Infektion gestorben, so kommt für A. eine fahrlässige Tötung in Betracht (§ 222 StGB).

1. Auch hier, wo die Herbeiführung eines strafrechtswidrigen Erfolgs nicht durch positives Tun, sondern durch Unterlassen in Frage steht (sogen. unechtes Unterlassungsdelikt), ist zunächst die Tatbestandsmäßigkeit zu prüfen. Demnach ist zu fragen:

Hat A. durch die unterlassene Operation den Tod des Kindes verursacht?

Ursächlich ist eine Unterlassung dann, wenn durch Vornahme der unterlassenen Handlung der Erfolg abgewendet werden konnte. Das Reichsgericht formuliert: „Ursachenzusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem rechtsverletzenden Erfolg liegt vor, wenn die Unterlassung nicht hinweggedacht — oder schärfer: wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht — werden könnte, ohne daß damit der eingetretene Erfolg wegfiele". Damit ist für die Ursächlichkeit der Unterlassung — anders wie bei der Kausalität positiven Tuns — nicht die erfolgherbeiführende Wirkung eines wirklichen Geschehens, sondern die erfolgabwendende Bedeutung eines nur gedachten Geschehens maßgeblich. Da menschlichem Erkenntnisvermögen jedoch hier eine sichere Feststellung unmöglich ist, müssen wir uns mit einem (wenn auch hohen) Wahrscheinlichkeitsurteil begnügen.

Es ist zu fragen:

Wäre das Kind mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit gerettet worden, wenn es A. operiert hätte?

Nach dem Sachverhalt muß diese Frage bejaht werden. A. hat also durch Unterlassung des Eingriffs den Tod des Kindes verursacht.

2. Hat A. die Operation des Mädchens rechtswidrig unterlassen?

Rechtswidrig ist die Unterlassung, wenn der Unterlassende zu der ihm möglichen Abwendung des Erfolges rechtlich verpflichtet war, wenn also das Recht von ihm gerade die Verhinderung des eingetretenen Erfolges erwartete. Nicht jede Hilfspflicht, sondern nur die zur Erfolgabwendungspflicht gesteigerte Hilfspflicht begründet die Haftung für den nicht abgewendeten Erfolg.

War nun A. zur Abwendung des Todes des Kindes rechtlich verpflichtet? Mußte er trotz der Weigerung des Vaters operieren?

Aus dem Gesetz läßt sich eine derartige Pflicht nicht herleiten, insbesondere nicht aus § 330c StGB. Zunächst ist Krankheit nicht ohne weiteres ein Unglücksfall im Sinne dieser Vorschrift. Hinzu kommt vor allem, daß die durch § 330c allen Volksgenossen gleichmäßig auferlegte Pflicht, bei Unglücksfällen oder bei gemeiner Gefahr oder Not Hilfe zu leisten, nur die Betätigung der volksgenössischen und kameradschaftlichen Gesinnung verlangt. Auch wer in ungeeigneter Weise hilft, zeigt, daß er ein anständiger Kerl ist. Die in der unterlassenen Hilfeleistung zutage getretene rücksichtslose Gesinnung bildet den Strafgrund des § 330c. Nicht dagegen soll in diesen Fällen der einzelne Volksgenosse mit allen ihm zu Gebote stehenden und objektiv geeigneten Mitteln für den Nichteintritt des Erfolges einzustehen haben. Dies kann nur von demjenigen gefordert werden, der dazu die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen mitbringt, und auf Grund eines besonderen Verhältnisses zum Garanten für den Nichteintritt des Erfolges berufen ist.

Auch aus dem Behandlungsvertrag läßt sich für A. eine Erfolgabwendungspflicht nicht herleiten, wenn dieser auch an sich die geeignete Rechtsgrundlage bilden würde. Der Behandlungsvertrag ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB). Auf ihn finden die Vorschriften über den Auftrag entsprechende Anwendung. Er kann daher jederzeit gekündigt werden (§ 671 Abs. 1 BGB). Mit der Weigerung des Vaters, die Operation an dem Kinde vornehmen zu lassen, ist der Vertrag aufgelöst worden.

Fürsorgepflichten können sich aber nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch aus dem Rechtsgrunde der nahen persönlichen Beziehungen ergeben. Wird z. B. ein nicht unterhaltsberechtigter Angehöriger in die Familiengemeinschaft aufgenommen, so wird auf Grund dieses tatsächlichen Vorganges das Familienoberhaupt dem Aufgenommenen gegenüber fürsorgepflichtig. Ähnlich ist es in unserem Falle, wo der Arzt durch den rein tatsächlichen Vorgang der Behandlung des Kindes zu diesem in eine nahe persönliche Beziehung tritt. Dieses persönlichen Verhältnisses wegen darf A. das Kind nach der Weigerung des Vaters nicht einfach seinem Schicksal überlassen, sondern muß alles tun, um die sich aus dem Verhalten des Vaters für das Kind ergebenden Gefahren abzuwehren. Dies konnte nach Lage der Dinge nur durch eine Operation geschehen. A. war demnach zu dem Eingriff nicht nur auf Grund des übergesetzlichen Not-

standes berechtigt, sondern seines nahen persönlichen Verhältnisses zu dem in Lebensgefahr schwebenden Kinde wegen auch verpflichtet.

A. hat mithin die Operation rechtswidrig unterlassen.

3. Fällt A. ein Verschulden zur Last?

A. wollte den Tod des Kindes nicht. Vorsatz scheidet daher aus. Dagegen ist Fahrlässigkeit gegeben, denn A. hat den Tod des Kindes als Folge der pflichtwidrig unterlassenen Operation vorausgesehen.

A. ist mithin der fahrlässigen Tötung schuldig.

III.

Die hier im wesentlichen vertretene Rechtsprechung des Reichsgerichts ist in der Wissenschaft auf schärfsten Widerspruch gestoßen. Nach der dort herrschenden Lehre ist die medizinisch gebotene, kunstgerecht ausgeführte und gelungene Operation keine Körperverletzung. Dies wird verschieden begründet: Manche berufen sich auf den Wortlaut des § 223 StGB und verneinen — dem gewöhnlichen Sprachgebrauch folgend — eine „Mißhandlung" und eine „Gesundheitsbeschädigung". Andere wieder stützen ihre Ansicht auf den Sinn des Gesetzes und die sich daraus ergebende Natur des Delikts: Körperverletzung sei Körperinteressenverletzung. Eine Handlung, die das Körperinteresse im ganzen, im Endergebnis wahre, ja von ihm gefordert werde, könne nicht Körperverletzung sein. Hieran könne naturgemäß auch die fehlende Einwilligung des Betroffenen nichts ändern. Der eigenmächtig, aber kunstgerecht und erfolgreich behandelnde Arzt mache sich nicht der Körperverletzung, sondern eines Freiheitsdelikts schuldig. Er sei daher wegen Nötigung (gegebenenfalls mit Hilfe des § 2 StGB) oder wegen Freiheitsberaubung zu bestrafen.

Die mißglückte oder nicht indizierte Operation ist jedoch auch nach der hier vorgetragenen Auffassung Körperverletzung, deren Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Verletzten im Rahmen des § 226a StGB ausgeschlossen sein kann.

IV.

Das kommende Strafrecht wird den Vorschlägen der Wissenschaft und den Wünschen der Ärzte in vollem Umfange Rechnung tragen und zum Teil noch darüber hinausgehen. Der Entwurf 1938 sieht folgende Bestimmungen vor:

> Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen.
>
> Wer einen anderen ohne seine Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Haft bestraft. Konnte der Täter die Einwilligung nicht einholen, ohne durch den Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernst zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar.

Mögen diese Vorschläge recht bald Gesetz werden und einer volkstümlicheren Rechtsprechung auf diesem Gebiete den Boden bereiten.

Das gestohlene Verlobungsgeschenk

Rechtsfall aus dem bürgerlichen Recht für Anfänger

Von Reg.-Rätin v. Brünneck, Berlin.

Der 21 Jahre alte Gefreite August Müller lernte während eines Urlaubs die gleichaltrige Berta Schulze kennen. Beide fanden Gefallen aneinander und kamen am Schluß des Urlaubs überein, sich zu verloben, allerdings, ohne die Eltern zu benachrichtigen. Auch eine Veröffentlichung der Verlobung unterblieb. Beim Abschied gab Berta Schulze dem Gefreiten eine Photographie von sich in einem sehr kostbaren silbernen Rahmen, der ein Familienerbstück war. Sie sagte dabei: „Nimm dies als Erinnerung an mich und zugleich als Verlobungsgeschenk". Der Gefreite nahm das Bild an sich und fuhr damit an seinen neuen Standort nach Frankreich.

Innerhalb des folgenden Jahres wurden der Gefreite und das Mädchen einander überdrüssig und beschlossen, Schluß zu machen. Der Gefreite forderte die Gegenstände, die er der Berta Schulze geschenkt hatte, nämlich einen Ring und ein Armband zurück und erhielt sie auch. Sie ihrerseits verlangte ihre Photographie und den Rahmen zurück. Er antwortete ihr, daß er diesen kostbaren Rahmen nicht der Post anvertrauen wolle und bis zum nächsten Urlaub behalten würde, um ihn dann selbst an ihren Wohnort zu überbringen. Sie war damit einverstanden. Als der Gefreite auf Urlaub fahren wollte, war das Bild nicht zu finden. Er hatte es im Spind auf seiner Stube eingeschlossen gehabt. Als er danach suchte, stellte sich heraus, daß ihm und seinen Kameraden noch andere Gegenstände fehlten. Offenbar waren diese von französischem Personal, das die Reinigung der Stuben zu besorgen hatte, gestohlen worden. Von der Feldgendarmerie angestellte Ermittlungen verliefen ergebnislos.

Der Gefreite teilte nun der Berta Schulze mit, daß das Bild ohne sein Verschulden gestohlen sei. Das Mädchen verlangte darauf Ersatz. Der Gefreite schrieb zurück, daß es ihm nur möglich sei, Geldersatz zu leisten, einen gleichwertigen Rahmen könne er im Kriege nicht beschaffen. Das Mädchen antwortete, daß ihr an Geldersatz nichts gelegen sei, sie wolle ein gleichwertiges Stück. Dieses werde sich in der Verwandtschaft des Gefreiten wohl auftreiben lassen. Lieferfrist 3 Monate.

Der Gefreite lehnte diese Forderung ab. Seine Verwandten könne er mit dieser Sache nicht belasten. Im übrigen sei er überhaupt nicht ersatzpflichtig.

Wie ist die Rechtslage?

Gesetzestexte

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch:

§ 1298 BGB:

(Ersatzpflicht bei Rücktritt.) Tritt ein Verlobter von dem Verlöbnisse zurück, so hat er dem anderen Verlobten und dessen Eltern sowie dritten Personen, welche an Stelle der Eltern gehandelt haben, den Schaden zu er-

setzen, der daraus entstanden ist, daß sie in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind. Dem anderen Verlobten hat er auch den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er in Erwartung der Ehe sonstige sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat.

Der Schaden ist nur insoweit zu ersetzen, als die Aufwendungen, die Eingehung der Verbindlichkeiten und die sonstigen Maßnahmen den Umständen nach angemessen waren.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn ein wichtiger Grund für den Rücktritt vorliegt.

§ 1301 BGB:

(Herausgabe der Geschenke.) Unterbleibt die Eheschließung, so kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Rückforderung ausgeschlossen sein soll, wenn das Verlöbnis durch den Tod eines der Verlobten aufgelöst wird.

§ 812 BGB:

(Grundsatz.) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

§ 818 BGB:

(Umfang des Bereicherungsanspruchs.) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt.

Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.

Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

Von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

§ 819 BGB:

(Verschärfte Haftung.) Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfange der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.

§ 292 BGB:

(Haftung von der Rechtshängigkeit an.) Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen

Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten, soweit nicht aus dem Schuldverhältnis oder dem Verzuge des Schuldners sich zu Gunsten des Gläubigers ein anderes ergibt.

Das gleiche gilt von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Schuldners auf Ersatz von Verwendungen.

§ 989 BGB:

(Haftung für Verschulden.) Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

Aus dem Kollegheft: Personen- und Familienrecht

Von Professor Dr. W. Siebert, Universität Berlin.

2. Abschnitt: Personenrecht

A. Die Rechtsfähigkeit

§ 4. Die Rechtsfähigkeit; insbes. Rasse und Ehre als Grundlagen der vollen Rechtsfähigkeit

I. **Wesen der Rechtsfähigkeit.**

Rechtsfähigkeit bedeutet: Persönlichkeit-Sein und als Persönlichkeit eine Rechtsstellung in der Gemeinschaft haben. Dazu gehört die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Vgl. schon oben § 3 und unten § 5, I.

II. **Die Rasse.**

1. Die wichtigsten Vorschriften über die Rassenzugehörigkeit:
   a) Parteiprogramm, bes. Punkt 4 ff.
   b) Blutschutzgesetz vom 15. 9. 1935 (vor allem über die Eheschließung).
2. Das Reichsbürgerrecht.
   a) Wandlung und Vertiefung des früheren Staatsangehörigkeitsrechts durch den Reichsbürgerbegriff: Reichsbürgergesetz vom 15. 9. 1935 mit wichtigen DurchfVOen.
   b) Neuere Entwicklung: Zugehörigkeit zum deutschen Volkstum schon als Voraussetzung der Staatszugehörigkeit. Abstufungen der Staatsangehörigkeit: Staatsangehörigkeit auf Widerruf und Schutzangehörigkeit. Vgl. VO. vom 4. 3. 1941 (RGBl. I S. 118) in der Fassung vom 31. 1. 1942 (RGBl. I S. 51).

3. Rassenzugehörigkeit (deutsches oder artverwandtes Blut) sowie vielfach zugleich Reichsangehörigkeit sind ferner Voraussetzung für die volle volksgenössische Rechtsstellung:
   a) Wehrwürdigkeit, sonstige politische Rechte und Pflichten, Mitgliedschaft in der NSDAP. usw.;
   b) Bauernfähigkeit (Reichserbhofgesetz);
   c) Fähigkeit zu sonstigen wichtigen beruflichen Rechtsstellungen: Arzt, Beamter, Betriebsführer, Schriftleiter;
   d) Fähigkeit, Eigentümer von deutschem Grund und Boden zu sein.

   Zu a) bis d): Gesetzsammlung[1]) Nr. 6 ff.

III. **Die Ehre.**

1. Auch die Ehre — die Ehrbarkeit oder der Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte — ist notwendige Voraussetzung für die volle volksgenössische Rechtsstellung, doch kommt dies immer nur in Einzelvorschriften über bestimmte einzelne Aufgaben und Fähigkeiten zum Ausdruck:
   a) Wehrwürdigkeit (Wehrgesetz);
   b) Bauernfähigkeit (Reichserbhofgesetz);
   c) Sonstige Berufsfähigkeit — wie soeben II, 3.
2. Entwicklung der Ehrengerichtsbarkeit:
   a) Partei und ihre Gliederungen;
   b) Berufliches Ehrenrecht: Beamte, Ärzte, Bauern, soziale Ehrengerichtsbarkeit.

   Zu a) und b): Grundgedanken: Die Ehre gründet sich wesentlich auf die getreue Pflichterfüllung durch den Volksgenossen; Pflichtverletzung ist Verletzung der eigenen Ehre, woran sich notwendig eine Minderung der eigenen Rechtsstellung anschließt. Daher, insbesondere im beruflichen Bereich, Verwirkung der besonderen Rechtsstellung als Ehrenstrafe: Aberkennung der Fähigkeit, Bauer, Betriebsführer, Schriftleiter, Arzt usw. zu sein. (Beispiele: bäuerliche Ehrengerichtsbarkeit nach Reichserbhofgesetz §§ 15 ff., soziale Ehrengerichtsbarkeit nach §§ 35 ff. des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit).
3. Minderung der Ehre durch besonders strafwürdiges Verhalten:
   a) StGB §§ 32 ff. über die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und ihre (zu engen) Folgen;
   b) Der Gedanke, daß auch die Fähigkeit zur vollen Teilnahme am Vermögensverkehr den Besitz der Ehre voraussetzt, ist noch zu wenig entwickelt. Vgl. daher die Vorschläge im Volksgesetz-

---

[1]) Siebert: Das Recht der Familie, Deutscher Rechtsverlag, 3. Aufl., 1944.

buch-Entwurf, §§ 55 ff., über die Aberkennung der volksgenössischen Rechtsstellung als Folge schwerer Straftaten. Eine völlige Aberkennung der Rechtsfähigkeit (der Eigenschaft als Person) kann nicht in Frage kommen; auch die „Ausbürgerung" hebt nur die Rechtsstellung als Deutscher, als Reichsangehöriger, auf.

4. Gesetzliche Einzelvorschriften: Gesetzsammlung Nr. 6 ff.
5. Es gibt auch eine Ehre von Gemeinschaften, ja, jede echte Gemeinschaft hat eine selbständige Ehre. (Davon ist zu unterscheiden, ob die Ehre des einzelnen Gemeinschaftsmitgliedes durch die Ehre des anderen mitberührt wird.) Insbesondere gibt es eine Familienehre, die nicht einfach identisch ist mit der Ehre der Familienangehörigen (Gesetzsammlung S. 19; Dtsch. Recht 1944 S. 8).
6. Über den Schutz der Ehre s. unten § 10.
7. Schrifttum: Dahm, Über die Ehre von Gemeinschaften, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 1 ff.; Nagel, Soziale und ständische Ehrengerichtsbarkeit, 1939; Tetzlaff, Das Disziplinarrecht der Hitler-Jugend, 1944.

§ 5. Einzelheiten zur Rechtsfähigheit

I. Das BGB.

1. BGB setzt den Begriff der Rechtsfähigkeit voraus und beschäftigt sich in § 1 nur mit dem Beginn der Rechtsfähigkeit. Außerdem erklärt das BGB gewisse Verbände und Stiftungen für rechtsfähig (§§ 21, 22, 80).
2. Nach BGB bedeutet Rechtsfähigkeit die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein; diese Fähigkeit kommt allen Menschen zu. Diese Auffassung ist zu abstrakt. Sie hängt wesentlich damit zusammen, daß das BGB auf einzelnen Rechten und Pflichten, insbes. auf Ansprüchen, aufbaut, während wir die Rechtsstellung als Ausgangspunkt betonen: in ihr kommen die Eigenschaft als Volksgenosse (die Einordnung in die Gemeinschaft) und die Einheit von Recht und Verantwortung (im Gegensatz zu dem früheren Begriff des subjektiven Rechts) zum Ausdruck; die einzelnen Ansprüche bilden nicht die Rechtsstellung, sondern stellen einzelne Folgen dieser Rechtsstellung dar. Dieser Begriff der Rechtsstellung kann nicht für alle Menschen gleich sein.

II. Die Abstufung der Rechtsfähigkeit.

1. Zweifellos bringt die Eigenschaft als Mensch ein Mindestmaß an Rechtsfähigkeit mit sich; es kommt aber zunächst auf den Begriff der vollen Rechtsfähigkeit an, und diese besitzt nur der Volksgenosse, dessen Ehre ungemindert ist.

2. Von daher ergeben sich also gewisse Abstufungen nach dem Personenkreis und den Erscheinungsbereichen der Rechtsfähigkeit.
3. Ausländer genießen die Mindestrechtsfähigkeit, darüber hinaus, wenn sie artverwandten Blutes sind, weitgehend eine Gleichbehandlung. Geringere Rechtsfähigkeit besteht jedoch im Bereich der sog. politischen Rechte und Pflichten, teilweise auch z. B. im Bodenrecht.
4. Schrifttum: Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, 1935.

III. Eine wichtige Voraussetzung für die volle Rechtsstellung ist noch die **Gesundheit.**

a) Die Erbgesundheit ist Voraussetzung der Ehefähigkeit.
b) Geisteskrankheit oder Geistesschwäche führen, z. T. über den Weg der Entmündigung, zur Unfähigkeit, Bauer, Betriebsführer usw. zu sein. (Das Aberkennungsverfahren ist hier natürlich kein ehrenamtliches, sondern eine mehr verwaltungsmäßige Maßnahme der Gestaltung der Rechtsstellung, des status.) Gleichzeitig ist damit eine Minderung der Verantwortlichkeit, der Handlungsfähigkeit, verbunden, vgl. unten § 6.

IV. **Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit.**

1. Beginn: mit Vollendung der Geburt. Aber bereits der nasciturus wird geschützt, vgl. BGB § 1923, § 844.
2. Ende der Rechtsfähigkeit: mit dem Tode. Außerdem begründen Verschollenheit und Todeserklärung die Vermutung des Todes (ferner die endgültige Beendigung von Amtsstellungen). Vgl. das Verschollenheitsgesetzz vom 4. 7. 1939, das an die Stelle der §§ 13—20 BGB getreten ist.
3. Über Teilbeendigung der Rechtsfähigkeit durch Verwirkung und Aberkennung vgl. schon § 4.

V. Die Rechtsfähigkeit der sog. **juristischen Personen.**

1. Unter bestimmten Voraussetzungen können auch Personenverbände (und Stiftungen) rechtsfähig werden. Das BGB hat dabei die Vorstellung, daß dann der Verband (z. B. der Verein) als solcher wie eine „natürliche" Person behandelt wird: Der Verband (nicht die einzelnen Mitglieder) ist Eigentümer, er kann klagen, verklagt werden, im Grundbuch eingetragen werden, die Vereinskasse ist Vermögen des Vereins usw. Daher die Bezeichnung: „juristische Person". Vgl. §§ 21 ff. BGB.
2. Immerhin ist zu beachten, daß die Rechtsfähigkeit der Verbände mehr auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht und jedenfalls nicht so weit reicht wie die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person.

a) Die juristische Person kann keine familienrechtlichen Rechtsstellungen haben, sie kann keinen Beruf haben, nicht Bauer,

Betriebsführer usw. sein (bestritten, ob sie Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw. sein kann). Wohl aber kann sie nach h. M. einen Namen im Sinne des § 12 BGB haben, vgl. unten § 11.

b) Der Zweck der Rechtsfähigkeit ist: Vereinfachung des Auftretens im Rechtsverkehr, Schaffung einer vom Mitgliederwechsel unabhängigen Organisation sowie eines selbständig haftenden Vermögens. (Für Schulden des rechtsfähigen Vereins haftet dieser allein, die Mitglieder haften höchstens dem Verein, grundsätzlich aber nicht direkt den Gläubigern.) Dieser Zweck begrenzt die Rechtsfähigkeit (Unzulässigkeit eines Mißbrauchs der Rechtsfähigkeit zu anderen Zwecken; vgl. z. B. RGZ. Bd. 120 S. 287, Bd. 146 S. 385, Jur. Wochenschr. 1935 S. 1012).

c) Wichtig ist, daß auch die Rechtsfähigkeit juristischer Personen gewisse Abstufungen kennt; Hauptbeispiel: die offene Handelsgesellschaft, § 124 HGB. Vorstufen zur Selbständigkeit des Verbandes sind die Gesellschaft (Gesamthandvermögen als Sondervermögen) und vor allem der nicht rechtsfähige Verein (§ 54 BGB), der von der Rechtsprechung einem rechtsfähigen Verein ziemlich stark angenähert ist, vgl. z. B. RGZ. Bd. 143 S. 214.

3. Nicht zu verwechseln mit der Rechtsfähigkeit eines Verbandes ist die Frage, ob eine personenrechtliche Gemeinschaft vorliegt: beide Begriffe haben nichts miteinander zu tun. Die wichtigsten Gemeinschaften sind nicht rechtsfähig (Familie, Betriebsgemeinschaft); die meisten rechtsfähigen Verbände sind keine Gemeinschaften (Aktiengesellschaft).

Zuschriften von Kameraden

Zu der folgenden Stellungnahme sind wir durch die Frage eines Kameraden in einem Feldpostbrief angeregt worden.

Darf der Schwiegervater die Schwiegertochter heiraten?

Grundsätzlich nicht, ebensowenig wie der Schwiegersohn die Schwiegermutter heiraten darf. Für alle diese Fälle gilt das Verbot der sogenannten Schwägerschaftsehe, nämlich

§ 7 Ehegesetz:

„Schwägerschaft. Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen Verschwägerten gerader Linie, auch wenn die Ehe, durch welche

die Schwägerschaft vermittelt wird, für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist.

Schwägerschaft im Sinne des Abs. 1 besteht zwischen einem Ehegatten und den Blutsverwandten des anderen Ehegatten, gleichgültig, ob die Blutsverwandtschaft auf ehelicher oder unehelicher Geburt beruht.

Von der Vorschrift des Abs. 1 kann Befreiung bewilligt werden."

Schwägerschaft ist die Beziehung des einen Ehegatten zu den Verwandten des anderen Ehegatten. In gerader Linie verschwägert ist der eine Ehgatte mit dem in gerader Linie Verwandten des anderen Ehegatten, d. h. den Eltern, Großeltern einerseits, sowie den Kindern, Enkelkindern und weiteren Abkömmlingen andererseits. Schwägerschaft besteht also z. B. zwischen Schwiegersohn und Schwiegertochter sowie zwischen Schwiegermutter und Schwiegersohn, aber auch zwischen Stiefeltern und Stiefkindern.

Nach der eben angeführten Vorschrift des § 7 Ehegesetz ist die Schwägerschaftsehe auch dann verboten, wenn die Ehe, durch die die Schwägerschaft vermittelt wurde, aufgelöst ist. Sind also der A und die B miteinander verheiratet und stirbt der A, so darf die B nicht den Vater des A heiraten, ebensowenig wie der A nach dem Tode der B deren aus einer anderen Ehe stammende Tochter heiraten darf.

Die Folgerung aus diesem Verbot zieht

§ 25 Ehegesetz:

„Verwandtschaft und Schwägerschaft. Eine Ehe ist nichtig, wenn sie den Verboten der §§ 6 und 7 zuwider zwischen Blutsverwandten oder zwischen Verschwägerten geschlossen ist.

Die Ehe zwischen Verschwägerten ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn nachträglich Befreiung von der Vorschrift des § 7 bewilligt wird."

Diese Vorschriften erscheinen auf den ersten Blick nicht recht verständlich. Warum soll eine Verbindung zwischen Personen, zwischen denen keinerlei Blutsverwandtschaft besteht, so grundsätzlich und mit der Folge der völligen Nichtigkeit verboten sein?

Für die Beantwortung dieser Frage ist es wichtig, die gesetzespolitische Entwicklung der einschlägigen Vorschriften zu betrachten: Nach den Bestimmungen des BGB war das Ehehindernis der Schwägerschaft ursprünglich ein absolutes, nicht behebbares. Durch das Familienrechtsänderungsgesetz vom 12. 4. 1938 — RGBl. I S. 380 — ist dann die Möglichkeit einer Befreiung von diesem Hindernis eingeführt worden. Diese wesentliche Lockerung der früheren Verbotsvorschrift ist in der amtlichen Begründung zu dem Familienrechtsänderungsgesetz wie folgt erläutert:[1])

> „Wenn auch die Ehehindernisse des § 1310 BGB grundsätzlich aufrechtzuerhalten sein werden, so ist doch für einige Fälle der Schwägerschaft die Möglichkeit einer Aufhebung des Verbots zu schaffen. Nicht selten führt nämlich das Ehehindernis der Schwägerschaft dazu, daß auch

---

[1]) Abgedruckt in der Deutschen Justiz 1938, Seite 619.

Ehen, die vom Standpunkt der Volksgemeinschaft als erwünscht angesehen werden können, nicht geschlossen werden dürfen. Es handelt sich dabei hauptsächlich um Fälle, in denen ein Mann eine wesentlich ältere Frau geheiratet hat, die in die Ehe eine aus einer früheren Ehe stammende oder vorehelich von einem Dritten erzeugte Tochter mitgebracht hat. Stirbt dann die Frau, nachdem die Tochter herangewachsen ist, so entwickelt sich in der Folgezeit häufig zwischen dieser und ihrem Stiefvater eine leidenschaftliche Zuneigung. Nicht immer spielt dabei Leichtsinn der Beteiligten oder sittliche Minderwertigkeit mit; in nicht seltenen Fällen ist vielmehr das Verhalten der Beteiligten menschlich so begreiflich, daß ihr Wunsch, die Ehe miteinander einzugehen, berechtigt erscheint. Sind aus einem solchen Verhältnis bereits Kinder hervorgegangen, so dürfte es auch bevölkerungspolitisch erwünscht sein, wenn diese durch die Heirat ihrer Eltern ehelich werden. Angesichts des Umstandes, daß mangels einer Blutsverwandtschaft zwischen den in gerader Linie Verschwägerten auch erbbiologische Gründe ihrer Verbindung nicht entgegenstehen, erscheint nicht nur ihnen selbst, sondern auch der Gesamtheit der Volksgenossen die Ausnahmslosigkeit des heutigen Eheverbots als eine schwere unbillige Härte . . . ."

Bei Erlaß des neuen Ehegesetzes hat man dann die Bestimmungen über die Schwägerschaftsehe unverändert übernommen. Dieses sind die oben angeführten §§ 7 und 25 des Ehegesetzes. Trotz der aus der wiedergegebenen Begründung hervorgehenden Bedenken hat man also grundsätzlich an dem Verbot festgehalten und sich die Entscheidung über die Ausnahmegenehmigung im Einzelfall vorbehalten. Die Gründe dafür sind m. E. die folgenden:

Nach natürlichem Empfinden ist die Eheschließung zwischen Verschwägerten gerader Linie normalerweise etwas Ungewöhnliches und Unnatürliches. Das liegt zunächst daran, daß bei normalem Altersunterschied der Ehegatten der Altersunterschied zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern in der Regel so groß sein wird, daß die Eheschließung zwischen ihnen abnorm erscheinen wird, insbesondere wenn der jüngere Schwiegersohn die ältere Schwiegermutter zu heiraten gedenkt. Eine solche Ehe ist nicht nur bevölkerungspolitisch unerwünscht, sondern gefährdet auch das Bild der Ehe, wie es nach gesundem Rechtsempfinden der Volksgemeinschaft sein soll. Es liegt auch nahe, daß in solchen Fällen häufig rein materielle Gründe für die Eheschließung maßgeblich sein werden.

Allerdings könnte hier eingewandt werden, daß nach den allgemeinen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Eheschließung auch keine besonderen Grenzen für den Altersunterschied zwischen Mann und Frau festgelegt werden, man insofern also den Beteiligten auch sonst freie Hand läßt. Immerhin sind schon Fälle vorgekommen, in denen der Standesbeamte bei abnormem Altersunterschied zwischen den Ehegatten die Eheschließung abgelehnt hat und dieses Vorgehen von den Gerichten gebilligt worden ist. Davon abgesehen ist eben bei der Schwägerschaftsehe besonders häufig mit einem unnatürlichen Altersunterschied zu rechnen und deshalb eine nähere Kontrolle erwünscht.

Ein weiterer Grund dürfte der sein, daß die allgemeine sittliche Anschauung unseres Volkes die Beziehung zwischen Schwiegerkindern und Schwiegereltern als eine Art Kindschaftsverhältnis ansieht und gewertet wissen will. Der in die Familie eintretende Ehegatte tritt selbstverständlich in die Generationsstufe des anderen Ehegatten ein, er sagt „Vater" und „Mutter" zu den Schwiegereltern, und es wird als erstrebenswert angesehen, daß er sich diesen gegenüber wie ein rechter Sohn oder Tochter beträgt, ihnen mit der entsprechenden Achtung und Liebe begegnet, gegebenenfalls für sie sorgt usw. Gleiches gilt umgekehrt auch für die Schwiegereltern. Ebenso wie aber im Verhältnis zwischen angestammten Eltern und Kindern jede sexuelle Beziehung auszuschalten hat, erwartet man das gleiche auch im Verhältnis zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern. Dies gilt nicht nur für die Zeit der Ehe, sondern die einmal durch die erste Eheschließung begründete Familienbeziehung bleibt auch nach dem Tode des einen Ehegatten bestehen. Die Tatsache einer anders gearteten Beziehung nach dem Tode des Ehegatten mag zudem den Verdacht nahelegen, daß schon vor Auflösung der Ehe nicht alles gestimmt hat, und somit als sittlicher Verrat an dem verstorbenen Ehegatten gewertet werden.

Verstärkt wird diese ganze Betrachtung selbstverständlich dann, wenn Kinder aus der ersten Ehe vorhanden sind. Es erscheint als eine Störung des natürlichen Familienaufbaus, wenn die Mutter des Kindes ihren Schwiegervater nicht mehr auch ihrerseits als Großvater des Kindes betrachtet und behandelt, sondern in sexuelle Beziehungen zu ihm tritt.

Schließlich dürfte ein weiterer Grund die Gefahr einer Verwirrung der Abstammungsverhältnisse sein. Aus diesem Grunde darf die Befreiung vom Verbot der Schwägerschaftsehe gemäß § 4 Abs. 2 DurchfVO. zum Eheges. in der Regel erst erteilt werden, wenn seit Auflösung der Ehe, auf der die Schwägerschaft beruht, ein Jahr verstrichen ist. Aber auch abgesehen davon werden die Verwandtschaftsverhältnisse in Fällen von Schwägerschaftsehen sehr kompliziert. Es ist ein beliebter Sport, auszurechnen, wer mit wem und in welchem Grade verwandt ist. Auch dies verstärkt das Gefühl des Abnormen, der Störung des natürlichen Familienaufbaus und der natürlichen Trennung zwischen den Familiengenerationen.

Aus allen diesen Gründen will man die Schwägerschaftsehe unter Kontrolle halten und ihre Schließung nur im einzelnen Falle nach Prüfung aller Umstände zulassen. Dementsprechend bestimmt die DurchfVO. zum Eheges. vom 27. 7. 38 (RGBl. I 923) im § 4:

„Bei der Entscheidung über die Befreiung vom Eheverbot wegen Schwägerschaft sind die gesamten Umstände des Falles zu berücksichtigen. Für jeden Beteiligten sind ein polizeiliches Führungszeugnis, ein ärztliches Gesundheitszeugnis, seine Geburtsurkunde und die Heiratsurkunde seiner Eltern beizubringen; sind die Staatsangehörigkeitsverhältnisse eines Beteiligten zweifelhaft, so kann die Beibringung eines Staatsangehörigkeitsausweises verlangt werden.

Die Befreiung ist in der Regel erst zu erteilen, wenn seit Auflösung oder Nichtigerklärung der Ehe, auf der die Schwägerschaft beruht, ein Jahr verstrichen ist. Sie soll versagt werden, wenn der Mann erheblich jünger ist als die Frau oder wenn die beabsichtigte Ehe aus gesundheitlichen Gründen unerwünscht ist . . . ."

Die bisherige Praxis hat bestätigt, daß in den Fällen, in denen die Befreiung nachgesucht wird, tatsächlich häufig irgend etwas nicht stimmt und die allgemeine Einstellung gegen solche Ehen durch unnatürliche oder unsaubere Beziehungen gerechtfertigt wird. Diese Fälle werden durch das geschilderte Verfahren ausgeschaltet, während in anderen Fällen, in denen solche Bedenken nicht bestehen, ja die Ehe womöglich als erwünscht erscheint, Befreiung erteilt wird. v. B.

FELDPOST-BRIEFE

der Juristischen Fakultät
der Universität Berlin

RUNDBRIEF Nr. 23

Bericht über das Sommer-Semester 1944

Von Professor Dr. W. Siebert, Berlin.

1. Etwa Mitte Februar 1944 erhob sich an mehreren Universitäten die Frage, ob wir im Sommer-Semester mit einem ausreichenden Bestande an Studenten (d. h. Studenten und Studentinnen) würden rechnen können oder ob etwa die Gefahr bestände, daß sich der Betrieb im Sommer nicht mehr „lohnen" würde. An anderen Universitäten, die ebenfalls schwerere Schäden und Störungen erlitten hatten (z. B. Leipzig), herrschten ähnliche Besorgnisse. So kam es zu einer Erörterung darüber, ob für alle Universitäten, für einzelne oder wenigstens für Berlin ein Exmatrikulationsverbot ausgesprochen werden sollte, um die Studenten an den luftgefährdeten Universitäten festzuhalten. (Dabei war natürlich Voraussetzung, daß man den Betrieb weiterführen wollte und den Studenten ausreichende Ausbildungsmöglichkeiten geben konnte.) Von der Sperre sollten von vornherein nicht betroffen werden die Kriegsversehrten von Stufe II ab, ferner sollten z. B. für Examenssemester großzügig Ausnahmen bewilligt werden. Es ist dann — glücklicherweise — zu einer solchen Maßnahme nicht gekommen, so daß ich nicht die Bedenken näher zu schildern brauche, die gerade auch unsere Fakultät geltend gemacht hatte. Beispielsweise hätte es einen ungeheuren Papierkrieg gegeben; außerdem wäre es z. B. sehr problematisch gewesen, wenn man nur für einige wenige Universitäten eine solche Sperre ausgesprochen hätte: dann wäre künftig niemand mehr in solche „Mausefallen-Universität" gekommen. Bis zur endgültigen Entscheidung gab es natürlich einiges Hin und Her; Spaßes halber sei berichtet, daß es Anfang März einmal 36 Stunden für die Juristen in Berlin eine Sperre gegeben hat, deren Ursache ein Mißverständnis war.

2. Der Beginn des Sommer-Semesters hat gezeigt, daß wir auch ohne Sperre durchgekommen sind. (Selbstbewußte Leute sagen: Berlin bleibt doch Berlin!) Wir hatten durchaus genügend Studenten. Vorsichtshalber hatte ich mit etwa 50 v. H. der Zahlen aus dem Winter-Semester gerechnet; es sind aber doch höchstens 20 v. H. der Juristen und Volkswirte, die im Winter 1943/44 hier waren, von Berlin weggegangen. Außerdem hatten wir noch einige erste Semester hinzubekommen. Auf diese Weise hatten wir im ganzen etwa 500 immatrikulierte Studenten der Rechts- und Staatswissenschaften. Die größeren Vorlesungen waren daher noch von etwa 70—125 Hörern besucht. (Unter den Juristen waren etwa 25 v. H. Studentinnen, 70 v. H. der Hörer waren entlassene oder beurlaubte Versehrte; bei den Volkswirten ist der Anteil der Studentinnen größer.)

3. Wie schon im Brief Nr. 20 mitgeteilt wurde, sah unser Vorlesungsplan noch recht vollständig aus. Allerdings machte sich naturgemäß bei der Zahl der Vorlesungen und überhaupt in der gesamten Wirksamkeit der Fakultät bemerkbar, daß manche Fakultätsmitglieder durch Verlust ihrer Wohnung und sonstige Umstände ziemlich stark behindert

waren. Die Professoren Heymann, Kohlrausch, Carl Schmitt, Brinkmann, Groh und Reicke haben ihre Wohnung verloren und wohnen in mehr oder weniger engen Räumen, oft ohne ausreichenden Bücherbestand und ziemlich weit außerhalb Berlins. Ich selbst mußte trotz der Belastung durch das Dekanat im Sommer wöchentlich 16 Stunden lesen: Vertrag und Unrecht, Familie, Übungen im Bürgerlichen Recht für Anfänger, Übungen im Arbeitsrecht, eine 4-stündige Wiederholung des Bürgerlichen Rechts.

Um noch bei der Fakultät zu bleiben: Als Nachfolger des im Herbst 1943 verstorbenen Professors Bruns ist Professor Bilfinger aus Heidelberg nach Berlin gekommen. Eine sehr wichtige Aufgabe für ihn ist die Leitung des großen Instituts für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht im Schloß; daneben hält er aber auch völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Vorlesungen. Ich bin sehr froh, daß diese Lücke rasch ausgefüllt werden konnte, da die beiden offenen Stellen — Nachfolge Prof. Herbert Meyer und Nachfolge Prof. Koschaker — immer noch unbesetzt sind. Geheimrat Heymann's Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht wird größtenteils nach auswärts verlagert, so daß er infolgedessen kaum noch lesen kann. — Die Fakultät hatte im März 1944 zwei schmerzliche Todesfälle zu beklagen. Anfang März starb Honorarprofessor Dr. Klee, Strafrechtler, zugleich Senatspräsident am Kammergericht. Er hatte fast regelmäßig Vorlesungen gehalten und sich auch an Doktor-Prüfungen usw. beteiligt, so daß er praktisch für die Fakultät sehr viel mehr geleistet hat als sonst ein Honorarprofessor im Vorlesungsbetrieb zu bedeuten pflegt. Er war auch wissenschaftlich sehr aktiv und hat zahlreiche Abhandlungen und Aufsätze zu Grund- und Einzelfragen des Strafrechts veröffentlicht. Mitte März starb der bereits im Ruhestand lebende Professor Graf v. Gleispach, ebenfalls Strafrechtler. Sein Tod ist uns besonders nahe gegangen. Er hatte in Wien, seiner Heimat, eine nette Wohnung gefunden, und wir hätten ihm dort einige Jahre ruhiger Arbeit sehr gegönnt. Er war als Wissenschaftler und als Nationalsozialist sowie als eine ausgesprochen liebenswürdige, zugleich aber in der Sache entschiedene Persönlichkeit bekannt. 1933 war er von Wien nach Berlin berufen worden, nachdem er im damaligen Österreich infolge seines sehr mannhaften politischen Auftretens für Groß-Deutschland in den Ruhestand versetzt worden war. Sein Nachfolger, der bald nach seiner Emeritierung berufen wurde, ist bekanntlich Professor Boldt; er ist Hauptmann im Osten. — Sehr schwer für uns ist auch die kürzlich eingetroffene Nachricht, daß Professor Dr. Weigmann (Volkswirtschaftler, Dekan der Fakultät in den Jahren vor dem Kriege), der als Major im Osten stand, seit Ende Juni vermißt wird.

4. Bei der Durchführung der Vorlesungen im Sommer-Semester sind wir erfreulicherweise durch Luftangriffe und Alarme nur wenig gestört worden. Ganz ausgefallen sind nur zwei Tage. — Schwierig ist seit längerer Zeit die Versorgung der Hörer mit den einschlägigen Büchern, d. h. mit Gesetzestexten sowie kleineren und größeren Grundrissen.

Beispielsweise hatten zu Beginn des Semesters in der bürgerlich-rechtlichen Vorlesung 30 v. H. der Teilnehmer kein BGB. Es ist mir dann aber gelungen, durch persönliche Schreiben an Verleger und sonstige Stellen dafür zu sorgen, daß ausreichende Mengen von Gesetzestexten und Grundrissen an die Berliner Buchhändler geliefert wurden. Damit diese Bestände wirklich nur an Studenten verkauft wurden, ist eine „rechtswissenschaftliche Lebensmittelkarte" eingeführt worden: Der Kauf der allerwichtigsten Bücher muß in das Anmeldebuch eingetragen werden. Außerdem habe ich noch besondere Bescheinigungen ausgestellt, damit zuerst alle Kriegsversehrten versorgt würden.

5. Über die Fernbetreuung brauche ich hier wohl nicht näher zu berichten. Trotz der zunehmenden technischen Schwierigkeiten (einschließlich der Versendungsschwierigkeiten wegen Übergewicht) haben wir in nicht allzu großen Abständen unsere Sendungen herausbringen können. Darauf, daß wir sogar noch Sonderhefte zusammenstellen und herausbringen konnten, sind wir natürlich besonders stolz. Die Zahl der Betreuten beläuft sich jetzt auf 2600, einschließlich der Kriegsgefangenen!

6. Im September und Oktober finden wieder Wiederholungskurse für Kriegsteilnehmer statt. Diese werden, wie im Sonderheft berichtet worden ist, für diejenigen zur obligatorischen Einrichtung, die sich als Kriegsteilnehmer vorzeitig zum Referendarexamen melden wollen. Den Anschlag über die Ferienkurse drucke ich hier ab, um zu zeigen, was im einzelnen gelesen wird. Der Zweck ist eine Wiederholung des Vorlesungsstoffes; schriftliche Arbeiten werden in der Regel nicht geschrieben. Die Teilnahme an den Kursen ist gebührenfrei.

I. Ferienkurse für Anfänger (1. und 2. Semester):

a) Bürgerliches Recht für Anfänger (Vertrag und Unrecht)
(5. 9. bis 25. 9.) Di, Do, Fr, 9—11 Uhr — Prof. Dr. Siebert.

b) Bürgerliches Recht für Anfänger (Personen- und Familienrecht)
(25. 9. bis 17. 10.) Di, Do, Fr, 9—11 Uhr — Prof. Dr. Hedemann.

c) Strafrecht I
(5. 9. bis 25. 9.) Mi, So, 9—11 Uhr — Prof. Dr. Kohlrausch.

d) Verfassung
(26. 9. bis 17. 10.) Di, Fr, 11—13 Uhr — Prof. Dr. Schmitt.

e) Besprechung von Reichsgerichtsentscheidungen für Anfänger
(26. 9. bis 17. 10.) Mi, 14—16 Uhr — Prof. Dr. Siebert.

II. Ferienkurse für Vorgerückte (3. und 4. Semester):

a) Ware und Geld, Handelsgeschäfte
(26. 9. bis 17. 10.) Di, 9—11 Uhr, Mi, 11—13 Uhr, Do, 9—11 Uhr — Prof. Dr. Gieseke.

b) Boden, Familienerbe
(5. 9. bis 3. 10.) Di, Do, Fr, 11—13 Uhr — Prof. Dr. Siebert.

c) Strafrecht II
(26. 9. bis 17. 10.) Mi, So, 9—11 Uhr — Prof. Dr. Kohlrausch.

d) Verwaltung
(26. 9. bis 17. 10) Mo, Fr, 9—11 Uhr — Prof. Dr. Höhn.

e) Rechtsstreit und Vollstreckung in Verbindung mit dem BGB
(26. 9. bis 17. 10.) Di, Fr, 10—11 Uhr — Prof. Dr. Groh.

7. Nun wird viele Kameraden noch interessieren, wie das Juristische Seminar und die Institute, die vernichtet worden waren, wieder aufgebaut worden sind und ob man schon genügend Bücher zum Arbeiten vorfindet. Dazu kann ich berichten, daß das Juristische Seminar sich jetzt in der Dorotheenstraße befindet, bereits wieder einen Bestand aufweist, der für die Anfertigung von Übungsarbeiten auf allen Gebieten und für das Selbststudium völlig ausreichend ist. Die Studenten haben auch mit Fleiß und gutem Erfolg gearbeitet, und es mag manchem von Ihnen eine Beruhigung sein, daß sich auch die „alten Krieger" rasch in das — gar nicht so „trockene" — juristische Studium hineingefunden haben. Zur Anfertigung von Doktorarbeiten stehen uns zur Verfügung die Universitäts-Bibliothek und die sehr gute Reichstags-Bibliothek, bei der man tatsächlich noch alles rechtswissenschaftliche Schritttum vorfindet. Die Institute sind jedenfalls soweit wieder im Gange, daß sie eine Grundlage für die Forschungsarbeit des jeweiligen Institutsdirektors bilden können. Auch Seminare können wieder in den Instituten abgehalten werden. Natürlich sind wir bemüht, das wertvolle Schrifttum in Kellern sicherzustellen oder gar nach auswärts zu verlagern.

8. Der Dekan der Berliner rechtswissenschaftlichen Fakultät ist zugleich Obmann der Dekane aller rechtswissenschaftlichen Fakultäten an den deutschen Universitäten. Außerdem bin ich Mitte Juli von dem neuen Reichsdozentenführer Gauleiter Dr. Scheel zum Leiter des Fachkreises Rechtswissenschaft in der Reichsdozentenführung berufen worden. In diesen beiden Eigenschaften habe ich über unsere eigene Fakultät hinaus mit den allgemeinen Aufgaben und Problemen der rechtswissenschaftlichen Fakultäten gerade im vergangenen Semester viel zu tun gehabt. Dabei stand im Vordergrund zunächst die neue Studienordnung; am Schluß des Semesters kam dann die Umstellung auf die Anforderungen des totalen Krieges. Darüber habe ich in dem Sonderheft Nr. 3 ausführlich berichtet.

Die Studentinnen, die jetzt in Durchführung des totalen Kriegseinsatzes einberufen werden, kommen entweder in der Rüstung oder aber auch bei der Flak zum Einsatz. Diese Kameradinnen werden auf ihren Wunsch gern mit in die Fernbetreuung aufgenommen.

9. Das Winter-Semester, das vor uns liegt, wird als Hörer im wesentlichen nur noch die Versehrten vorfinden; dazu kommen die Studentinnen, die ihr 6. Semester erledigen und sich dann zum Examen melden müssen. Unser Vorlesungsplan ist wieder recht vollständig, zumal wir hoffen, noch einige Lehrkräfte aus den zusammengelegten Fakultäten zu bekommen, um unsere Lücken auszufüllen. So lange uns die Aufgabe gestellt ist, den Lehrbetrieb weiterzuführen, werden wir uns weiter bemühen, unsere Pflicht unter Einsatz aller Kräfte zu erfüllen.

(Abgeschlossen am 15. 10. 1944.)

Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Berlin
— Fernbetreuung —
Professor Dr. Siebert

Zuschriften an
Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
— Fernbetreuung —
Berlin C 2, Unt. d. Linden 6

23. Rundbrief

Lieber Kamerad!

Im Anschluß an den vorigen Rundbrief behandelt auch dieser Rundbrief vorwiegend familienrechtliche Fragen. So bringen wir vor allem einen Aufsatz von Professor Dr. Gieseke über „Das Recht auf die Ehewohnung nach der Scheidung der Ehe", der ein heute recht aktuelles Problem behandelt, das in der Praxis häufig Schwierigkeiten bereitet. Noch während der Drucklegung dieses Aufsatzes ist zu dieser Frage nunmehr eine gesetzliche Regelung herausgekommen, die Prof. Dr. Gieseke in einem Nachtrag zu seinem Aufsatz erläutert. Ferner enthält der Rundbrief die Lösung des Rechtsfalles über „Das gestohlene Verlobungsgeschenk" von Regierungsrätin v. Brünneck. Als Ergänzung dazu soll der Abschnitt „Das Verlöbnis aus meinem Kollegheft „Personen- und Familienrecht" dienen. Schließlich drucken wir die Zuschrift eines Kameraden zur „Ehescheidung von Volksdeutschen fremder Staatsangehörigkeit" und die Antwort von Professor Dr. De Boor ab.

Der nächste Rundbrief soll sich in der Hauptsache mit strafrechtlichen Fragen beschäftigen. Wir bringen deshalb in diesem Rundbrief bereits einen Rechtsfall aus dem Bürgerlichen Recht und dem Strafrecht, der uns von einem Kameraden zur Begutachtung eingesandt worden ist und den ich daraufhin in meiner BGB-Übung im Sommer-Semester habe bearbeiten lassen.

Als Beilage finden Sie vor allem das bereits angekündigte Sonderheft Nr. 2 über Fragen des Arbeitsrechts. Weiter liegen die Prager Feldpostbriefe Nr. 24 und 25 bei.

Vor allem sendet die Fakultät Ihnen heute sehr herzliche Weihnachtswünsche und -Grüße!

Heil Hitler!

Ihr

Berlin, Ende November 1944. *gez. Siebert.*

Buchanforderungen

Folgende Bücher, auf die wir bereits in früheren Rundbriefen hingewiesen haben, können noch bei uns angefordert werden:

1. Von Prof. Dr. Siebert die Vorlesungsmanuskripte
   a) Vertrag und Unrecht,
   b) Personen- und Familienrecht,
   c) Arbeitsrecht.
2. Die deutsche Arbeitsverfassung von Prof. Dr. Siebert.
3. Aus der Reihe „Deutsches Rechtsdenken":
   Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.
   Rudolf von Ihering, Der Kampf ums Recht, 1873.
   Franz Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 1901.
   Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1883.
   Anselm von Feuerbach, Deutsche Gesetzgebung und historische Rechtswissenschaft, 1816.
   Samuel Pufendorf, Die Gemeinschaftspflichten des Naturrechts, 1668.
   Carl Gottlieb Svarez, Zum preußischen Volksgesetzbuch, 1793.
   Johannes Althusius, Grundbegriffe der Politik, 1603.
   Gottfried Wilhelm Leibniz, Über die Festigung des Reiches, 1870.
   Gustav Rümelin, Über das Rechtsgefühl, 1871.
   Ulrich Zasius, Von wahrer und falscher Jurisprudenz. (Aus Briefen und Schriften der Jahre 1518/25.)
   Johann Oldendorp, Was billig und recht ist, 1529.
4. Die rechtsphilosophischen Feldpostbriefe, herausgegeben von Prof. Dr. Emge.
5. Aus den Soldatenbriefen zur Berufsförderung: Die Rechtswahrerbriefe, Teil 2 und Teil 3.

Erweiterte Förderung der Kriegsteilnehmer

Durch Erlaß des Reichserziehungsministers vom 1. 7. 1944 ist im Einvernehmen mit dem Reichsfinanzminister die seit 1941 bereits bestehende Sonderförderung für Kriegsteilnehmer wesentlich erweitert worden. Die Kriegsteilnehmer sind während ihres Studiums von allen Hochschulgebühren befreit. Der laufende Unterhaltszuschuß wurde beim Studium am Heimatort von 50 auf 65 RM monatlich, bei aus-

wärtigem Studium von 100 auf 130 RM erhöht. Die Dauer der Gewährung ist bei vorzugsweiser Berücksichtigung der Versehrten nach der Dauer der Wehrdienstleistung gestaffelt. Verheiratete Kriegsteilnehmer mit mindestens einem Kind erhalten ohne Nachprüfung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse einen monatlichen Unterhaltszuschuß von 220 RM, der vom vollendeten 23. Lebenjahr an auf 260 RM ansteigt, sowie Kinderzuschläge. Die bisherigen Bestimmungen über die Mindestaltersgrenze von 24 Jahren sowie die zeitliche Staffelung nach der Dauer des Wehrdienstes gelangen hierbei in Zukunft nicht zur Anwendung. Verheiratete Kriegsteilnehmer ohne Kinder erhalten den erhöhten Unterhaltszuschuß von 130 RM. Sie können außerdem vom Reichsstudentenwerk eine Familienbeihilfe bis zum Höchstsatz von 90 RM monatlich erhalten. Einbezogen in die Sonderförderung der Kriegsteilnehmer sind alle, die in einem wehrmachtgleichen Einsatz stehen, sowie diejenigen Nichtkriegsteilnehmer, die Versehrtengeldzulage beziehen und deren Hinterbliebene. Diese mit dem 1. 10. 1944 in Kraft tretende Neuregelung gilt zunächst nur für die wissenschaftlichen Hochschulen. Eine Ausdehnung auf die Kunsthochschulen und Fachschulen ist vorgesehen.

Soldatenbriefe zur Berufsförderung

Wir weisen auf folgende Bände in der bekannten, vom OKW. herausgegebenen Schriftenreihe der „Soldatenbriefe zur Berufsförderung" hin:

1. Innerhalb der kaufmännischen Lehrgänge und Ergänzungsschriften über den Kaufmannsberuf ist ein neuer Band mit dem Titel „Der Kaufmann, 4. Teil: Rechtsfragen" herausgekommen (107. Sammelband der Soldatenbriefe). Der Band behandelt die Rechtsfragen des täglichen Geschäftslebens, die den Kaufmann interessieren. Er ist nach Inhalt und Darstellung für die aus dem kaufmännischen Beruf kommenden und daraufhin strebenden Soldaten, also für Nichtjuristen bestimmt. Jedoch kann sich auch der angehende Jurist hier eine erste summarische Übersicht, insbesondere über das Handels- und Arbeitsrecht, verschaffen und gewisse praktische Hinweise für das Prozeßverfahren [1]) usw. erhalten. Er muß sich nur darüber klar sein, daß es sich für ihn lediglich um eine erste Einführung handelt, die er durch weiteres Eindringen in den Stoff und dessen spezielle Rechtsprobleme vertiefen muß.

An weiteren Bänden juristischen Inhalts sind noch zu nennen:

2. „Der Weg zur Meisterprüfung, 3. Teil", aus dem Rechtswissen des Handwerkermeisters (38. Sammelband der Soldatenbriefe). Dieser Band enthält die wichtigsten Fragen aus dem Wirtschaftsrecht, Sozial-

---

[1]) Hierbei ist allerdings noch nicht berücksichtigt, daß die bis zum Kriege geltenden Vorschriften über den Aufbau der Gerichte und das Prozeßverfahren heute zum großen Teil durch Kriegsvorschriften abgeändert worden sind.

recht und Steuerrecht, wie sie den Handwerker interessieren, und ist ebenfalls als erste Übersicht über diese Rechtsgebiete für den juristischen Anfänger geeignet.

3. Der in zwei Teilen erschienene „Grundlehrgang für Beamte" (92. Sammelband der Soldatenbriefe). Diese Bände enthalten die Grundzüge der Allgemeinen Staatslehre, des Staats- und Verfassungsrechts, der Verwaltungskunde und des praktischen Verwaltungsdienstes. Sie ist bestimmt für die Beamten des mittleren und gehobenen Dienstes aller Verwaltungszweige, also in erster Linie für nichtakademisch vorgebildete Beamte gedacht. Jedoch gilt das eben Gesagte hier in verstärktem Maße: die Bände können auch dem Rechtsstudenten eine erste Einführung in den Stoff geben und sind bei Fehlen anderer geeigneter Grundrisse bis zum Erscheinen des ausschließlich für Studenten bestimmten juristischen Hochschullehrgangs geeignet, eine Lücke auszufüllen.

4. Bei dieser Gelegenheit möchten wir noch besonders auf die schon früher erwähnten zahlreichen allgemeinbildenden Lehrgänge und Einzelbände der Soldatenbriefe hinweisen. Gerade vom Juristen, der in seinem Beruf mit allen Volks- und Berufskreisen zu tun hat und über Fragen aus den verschiedensten Lebensgebieten entscheiden muß, wird mit Recht ein hohes Maß an Allgemeinbildung verlangt. Gerade auf diesem Gebiet kann auch der Student bei der Wehrmacht, wenn der Dienst ihm dazu Zeit läßt, schon an sich arbeiten und sich durch Auffrischung und Vertiefung des Schulwissens für seinen künftigen Beruf vorbereiten und zugleich seine geistige Regsamkeit bewahren. Hierbei können ihm die folgenden Briefe der „Soldatenbriefe zur Berufsförderung" eine gute Hilfe sein:

Der allgemeinbildende Grundlehrgang enthält in seinen beiden Teilen jeweils zusammengefaßt Beiträge aus den vier Gebieten Geschichte, Deutsch, Erdkunde und Rechnen, wobei grundlegenden Darstellungen z. T. Aufgaben mit Lösungen folgen. In gleicher Weise ist der für Fortgeschrittene bestimmte allgemeinbildende Aufbaulehrgang aufgeteilt, dessen beide Teile die Gebiete der Geschichte, Erdkunde, Mathematik, Chemie und Physik behandeln.

Hervorzuheben ist aber namentlich der Lehrgang „Weg zur Reifeprüfung", der in neun Bänden je ein Wissengebiet behandelt, und zwar Deutsch, Geschichte, Erdkunde, Kunstbetrachtung, Naturwissenschaften, Mathematik, Englisch, Französisch, Latein. Hiervon kommen besonders die Bände Deutsch, Geschichte, Erdkunde und Latein für den Rechtsstudenten in Betracht, von denen wiederum der Band Deutsch besonders zu empfehlen ist. Er enthält ein überaus reichhaltiges Material: Neben einer vollständigen kleinen Literaturgeschichte findet der Leser die wesentlichen Grundsätze einer richtigen Sprachgestaltung und kann an zahlreichen Aufgaben Sprachgefühl und Denkfähigkeit erproben und verbessern. Hier kann gerade der angehende Jurist, dessen spätere Tätigkeit überall eine Beherrschung

der deutschen Sprache verlangt, beizeiten lernen, sich vor den unschönen Auswüchsen der Fach- und Amtssprache zu schützen.

Schließlich sei noch auf die allgemeinbildenden Sonderlehrgänge über bestimmte europäische Räume, z. B. den Norden und Südosten, hingewiesen, in denen in zusammengefaßten Darstellungen Geschichte, Erdkunde und Kulturkunde des betreffenden Landes behandelt werden und die auch jeweils kleine Sprachführer für die betreffende Landessprache enthalten.

Alle diese Bände können die einzelnen Wehrmachtsangehörigen entweder gegen Barzahlung bei den Frontbuchhandlungen und in Berlin bei der Zentrale der Frontbuchhandlungen, Berlin SW 61, Immelmannstraße 10, am U-Bahnhof Flughafen, kaufen, oder gegen Voreinsendung von 1,— RM pro Sammelband beim Verlag Ferdinand Hirt, Leipzig C 1, Grimmaische Str. 26 (Postscheckkonto: Leipzig 94 18), bestellen. Wird Übersendung der Bände an eine Feldpostanschrift verlangt, so ist für je drei Bände eine Zulassungsmarke beizufügen.

Von uns werden die genannten Bände nicht geliefert. Wir versenden nur auf Anforderung die Rechtswahrerbriefe. Vgl. oben.

Das Recht auf die Ehewohnung nach der Scheidung

Von Professor Dr. Paul Gieseke, Berlin.

Die Frage, was nach der Scheidung einer Ehe aus der Ehewohnung wird, bot in einer Zeit, in der Wohnraum reichlich zur Verfügung stand, im allgemeinen keine praktischen Schwierigkeiten. Einer der geschiedenen Ehegatten zog aus — vielleicht auch beide —, eine andere Wohnung ließ sich leicht finden. Daraus erklärt es sich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keine besondere Vorschrift über das Recht auf die Ehewohnung enthält. Erst seit die Wohnungsnot begann, wurde die Lage zum Problem. Wer darf die Wohnung behalten? Eine wie große Rolle das spielt, zeigt sich schon, wenn die Ehegatten vor oder nach der Scheidung im Verhandlungswege die Fragen zu klären suchen, deren Regelung zwischen ihnen nötig ist. Die Wohnungsfrage, nicht die Unterhaltungszahlung oder sonstige vermögensrechtliche Fragen, steht dabei heute durchaus im Vordergrund. Wie aber wird es, wenn sie sich nicht einigen können? Der Richter steht hier vor schwierigen Entscheidungen. Nicht nur wegen ihrer praktischen Bedeutung soll die Frage hier behandelt werden, sondern auch, weil ihre Lösung einen guten Einblick in die Art und Weise gewährt, wie der Richter rechtsgestaltend wirken kann und wie die nationalsozialistische Rechtsauffassung Entscheidungen ermöglicht, bei denen es nicht nur auf die Anwendung von Paragraphen, sondern auf eine der Sachlage gerecht werdende Rechtsfindung ankommt.

Ich beginne mit dem praktisch häufigsten Fall, daß beide Ehegatten die Wohnung gemietet haben. Daran schließe ich die Untersuchung, wie es ist, wenn nur ein Ehegatte den Mietvertrag geschlossen hat. Bei der Wohnung im eigenen Hause müssen entsprechend die Fälle des Alleineigentums eines Ehegatten und der Eigentumsgemeinschaft beider unterschieden werden. Wenn der Fall, daß beide Ehegatten Eigentümer des Hauses sind, wohl auch seltener ist als der andere, daß es nur einem von ihnen gehört, so empfiehlt sich doch eine Erörterung in dieser Reihenfolge, da die Rechtslage beim Miteigentum einen guten Ausgangspunkt für die Beantwortung der beim Alleineigentum auftauchenden Fragen bietet.

I. Es ist, wie gesagt, die Regel, daß der Mietvertrag über die Ehewohnung von beiden Ehegatten abgeschlossen wird. Ob zwischen ihnen der „gesetzliche Güterstand" besteht (wonach der Mann das Vermögen der Frau, von gewissen Ausnahmen abgesehen, verwaltet und seine Nutzungen zieht) oder ob sie durch Ehevertrag einen anderen Güterstand vereinbart haben (entweder eine mehr oder weniger weitgehende Gütergemeinschaft oder umgekehrt die Gütertrennung), ist dafür ohne Bedeutung. Dem Vermieter liegt daran, sich wegen seiner Forderungen aus dem Mietvertrag nicht nur an den Mann halten zu können, sondern daneben auch die Frau als Schuldnerin zu haben. Deshalb ist es seit langer Zeit üblich, daß er den Mietvertrag von beiden Ehegatten unterschreiben läßt. Dadurch werden beide Schuldner des Mietzinses und eines etwaigen Schadensersatzes für Beschädigung der Wohnung. In der Regel hat es aber auch die Bedeutung, daß beide dadurch das Recht auf die Benutzung der Wohnung erhalten. Natürlich ist das nicht dahin zu verstehen, daß jeder dieses Recht unabhängig vom andern hat; beiden steht es vielmehr gemeinschaftlich zu.

Für die Auflösung von Gemeinschaften gelten die im Anhang abgedruckten §§ 752—754 BGB. Passen sie für unseren Fall? Wenn darin von einem „Gegenstande" gesprochen wird, über den eine Auseinandersetzung erfolgen muß, so steht das der Anwendung auf das Recht zur Benutzung einer Wohnung an sich nicht entgegen, denn darunter ist nach der Ausdrucksweise des BGB auch ein Recht zu verstehen. Aber die Einzelvoraussetzungen, von denen die Bestimmungen ausgehen, sind hier nicht gegeben. Eine „Teilung in Natur" scheidet bei der normalen Mietwohnung aus, mindestens deshalb, weil die Nebenräume nicht „zerlegt" werden können. Für nicht teilbare Forderungen stellt § 754 darauf ab, ob sie bereits eingezogen werden können oder noch nicht. Der Begriff des Einziehens einer Forderung paßt aber offenbar nicht auf die Benutzung der gemieteten Wohnung; bei ihm ist nur an Forderungen auf Zahlung, Eigentumsübertragung oder dergl. gedacht, nicht aber an solche auf Dauerleistungen, wie sie die Überlassung einer Wohnung doch darstellt. Schließlich wäre es eine sehr lebensfremde Konstruktion, wollte man verlangen, daß die bisherigen Ehegatten nach der Scheidung die künftige Benutzung

der Wohnung nach § 753 Abs. 1 Satz 1 untereinander versteigern sollten! (Die Überlassung an einen Dritten ist nach § 549 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne die Erlaubnis des Vermieters unzulässig.)

Aus dem Schweigen des Gesetzes folgt sicher nicht, daß die geschiedenen Ehegatten gezwungen sind, weiter beieinander wohnen zu bleiben. Die im Gesetz vorhandene Lücke muß man versuchen sinngemäß auszufüllen. Die Gerichte sind daher früher zu dem Ergebnis gekommen, daß jeder der früheren Ehegatten von dem anderen die Mitwirkung bei der Kündigung verlangen kann. Man ging dabei davon aus, daß es jedem möglich gemacht werden muß, sich von den weiteren Verpflichtungen aus dem gemeinsamen Mietvertrag zu befreien. Das war in früherer Zeit das Wichtigste. Aber auch sonst war die Lösung durchaus brauchbar. Hatte einer der geschiedenen Ehegatten ein Interesse daran, die Wohnung zu behalten, so war der Vermieter meist bereit, einen neuen Vertrag mit ihm zu schließen; wer nicht wohnen bleiben konnte oder wollte, fand verhältnismäßig leicht eine andere Wohnung.

Die Änderung der Wohnungsverhältnisse hat dazu geführt, daß diese Lückenausfüllung heute ihren Sinn verloren hat. Das gilt nicht nur deshalb, weil heute in fast allen Fällen beide früheren Ehegatten die Wohnung behalten wollen, es aber nicht Sache des Vermieters sein kann, darüber zu entscheiden, wer von ihnen der würdigere ist. Kündigung des alten und Abschluß eines neuen Mietvertrages würden heute aber auch meist gar nicht den Erfolg haben, daß einer der geschiedenen Ehegatten die Wohnung behalten darf. Wird eine Wohnung „frei" (das wäre hier durch die Kündigung der Mieter der Fall), so ist es heute nicht in das Belieben des Vermieters gestellt, ob und an wen er sie erneut vermieten will. Die Wohnung wird von der Gemeinde erfaßt und in bestimmter Weise „bevorrechtigten" und „begünstigten" Volkskreisen zugeteilt. Daß niemand eine bessere Anwartschaft hat als die beiden geschiedenen Ehegatten, kann natürlich vorkommen. Oft wird aber das Gegenteil der Fall sein. Dadurch, daß zur Auseinandersetzung ihrer Gemeinschaft eine Kündigung erfolgte, geht die Wohnung dann beiden bisherigen Bewohnern verloren.

Die Lücke in der Regelung durch das BGB muß schon deswegen heute anders ausgefüllt werden, als früher durch die Gerichte geschehen ist. Wie hat der Richter zu entscheiden, wenn er feststellt, daß eine gesetzliche Regelung lückenhaft ist? Eine Ausfüllung von Gesetzeslücken ist gar nicht selten notwendig. Wir sind uns heute (im Gegensatz zu früher) darüber klar, daß ein Gesetz niemals vollständig alle Tatbestände erfassen kann, vor allem nicht alle Sachlage-Änderungen, die nach seinem Erlaß eintreten. Der Richter hat bei solchen Lücken zu fragen, was der Gesetzgeber tun würde, wenn er den in Frage stehenden Tatbestand jetzt regeln würde. Es ist anzunehmen, daß dieser seiner Regelung die Erwägung zugrunde legen würde, daß die Auseinandersetzung über den Vermögenswert, den die Woh-

nung darstellt, diesen erhalten, aber nicht seinen Verlust herbeiführen soll, und dem Richter die Befugnis geben würde, die dafür erforderlichen Entscheidungen zu treffen. Bei der Auseinandersetzung über eine gemeinschaftliche Wohnung muß der Richter also Gestaltungsfreiheit haben. Er muß in der Lage sein, wenn das den Belangen der Beteiligten entspricht, dem einen und dem anderen bestimmte Räume zuzuweisen und die Benutzung der gemeinschaftlich bleibenden zu regeln. Er muß aber auch, wenn dieser Weg nicht gangbar ist, die ganze Wohnung einem der früheren Ehegatten zusprechen können. In diesem Falle verdient derjenige den Vorzug, für den nach der ganzen Sachlage die Billigkeit spricht. Ein solches Gestaltungsrecht des Richters stimmt mit der Auffassung überein, die wir im nationalsozialistischen Staat über die Machtbefugnisse haben, die dem Richter zu verleihen sind.

Aber das bisher Gesagte genügt noch nicht, um zu einer wirklich sachgerecht begründeten Entscheidung zu kommen. Es geht zu sehr von einer formalrechtlichen Betrachtungsweise aus. Es soll ausschlaggebend darauf ankommen, ob der Mietvertrag von beiden Ehegatten abgeschlossen ist, ob also auf diese Weise eine Gemeinschaft zwischen ihnen zustandegekommen ist. Offenbar ist aber dieser Vorgang des Vertragsschlusses nicht das Wesentliche. Für eine gemeinsam gemietete Ehewohnung besteht nicht nur eine Vertragsgemeinschaft, also eine Gemeinschaft vermögensrechtlicher Natur, wie sie die §§ 752—754 voraussetzen. Diese Wohnung dient Ehe und Familie; in ihr und durch sie besteht eine familienrechtliche, eine Lebensgemeinschaft. Das erscheint als das Wesentliche. Denn die nationalsozialistische Rechtsauffassung geht nicht von formalen Begriffen aus, sondern sucht der inneren, lebensmäßigen Ordnung jedes Rechtsverhältnisses Rechnung zu tragen. Wird die Ehe aufgelöst, so muß man diese Lebensgemeinschaft nach den ihr eigentümlichen Gesichtspunkten, nicht bloß nach solchen vermögensrechtlicher Art auseinandersetzen. Die persönlichen Belange der geschiedenen Ehegatten müssen dabei in ganz anderer Weise berücksichtigt werden, als wenn es sich nur um eine vermögensrechtliche Gemeinschaft handelte. Die Regelung des Besitzes und der Benutzung der Ehewohnung nach der Scheidung hat daher nicht in Anlehnung an die §§ 752 bis 754 zu erfolgen; sie steht selbständig neben der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung. Das Gericht hat sie unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden ideellen und wirtschaftlich praktischen Gesichtspunkte vorzunehmen. Nur auf diese Weise kann es den Bedürfnissen Rechnung tragen, die sich im Einzelfalle aus der bisherigen Gestaltung des Ehe- und Familienlebens ergeben und auch für die Zukunft Beachtung verdienen.

Auch wenn man die Frage vom familienrechtlichen Gesichtspunkte aus betrachtet, erfolgt die Entscheidung in einem gewöhnlichen Zivilprozeß, setzt also eine Klage des einen Ehegatten gegen den anderen voraus. Das

Gericht kann auf sie aber nicht nur dem klagenden Ehegatten die Wohnung zusprechen. Es wird allerdings immer eine Ausnahme darstellen, daß es den Ehegatten nach den räumlichen Verhältnissen der Wohnung zuzumuten ist, nach der Scheidung der Ehe beide darin wohnen zu bleiben.

Darüber, ob der Richter ein Gestaltungsrecht hat, wie es hier angenommen wird, hat bis in die jüngste Zeit lebhafter Streit geherrscht. Aber immer mehr haben sich Gerichte und Schrifttum dafür ausgesprochen, und zwar in dem Sinne, daß es sich um eine familienrechtliche, nicht bloß um eine vermögensrechtliche Entscheidung handelt. Diese Auffassung kann jetzt in der Rechtsprechung als gesichert angesehen werden, vor allem, nachdem das Reichsgericht im Herbst 1943 Gelegenheit gehabt hat, dazu Stellung zu nehmen, und seiner Entscheidung dieselben Gedanken zugrunde gelegt hat.

Wenn die Möglichkeit, einem der beiden früheren Ehegatten die Wohnung zuzusprechen, jetzt also für den Richter gesichert erscheint, so bleibt doch noch die Frage, nach welchen Gesichtspunkten er seine Wahl zu treffen hat, wenn jeder von ihnen die Wohnung haben will. Dreierlei kommt für die Berücksichtigung in Betracht: die persönlichen Verhältnisse der geschiedenen Ehegatten und ihrer etwaigen Kinder, die Bedürfnisse der Volksgesamtheit und schließlich die Belange des Vermieters.

Bei Betrachtung der persönlichen Verhältnisse muß der Blick sowohl rückwärts wie vorwärts gehen. Es ist einmal zu fragen, welche Umstände zur Scheidung der Ehe geführt haben. Eine Scheidung ist, wie die Bestimmungen des Ehegesetzes (vgl. Anhang)) ergeben, aus sehr verschiedenen Gründen möglich, teils wegen Verschuldens eines oder beider Ehegatten §§ 47—49), teils aus anderen Gründen (§§ 50—55)). Ist nur bei einem der Ehegatten eine Eheverfehlung festgestellt, so sprechen die ideellen Gesichtspunkte, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat, dafür, dem andern die Wohnung zuzusprechen. Ein eindrucksvolles Beispiel bietet die schon erwähnte Reichsgerichts-Entscheidung. Hier handelte es sich darum, daß eine Frau, während der Mann im Felde war, Ehebruch begangen hatte. Die Ehe wurde daraufhin geschieden und die Frau für allein schuldig erklärt. Nach der Scheidung bewohnte die Frau mit ihrem aus dem Ehebruch stammenden Kinde die gemeinsam gemieteten Räume weiter; sie nahm auch den Ehebrecher mit in die Wohnung auf. Das Reichsgericht hat festgestellt, es könne kein Zweifel bestehen, daß in diesem Falle die Abwägung der Verhältnisse zu Gunsten des Mannes gehen müsse. „Der treulosen Ehefrau mitsamt dem Ehebrecher und dem aus dem Ehebruch hervorgegangenen Kinde weichen zu müssen, würde für den im Felde seiner vaterländischen Pflicht erfüllenden Mann eine schlechterdings unerträgliche Härte bedeuten, die auch aus Rücksichten auf die augenblickliche mehr oder weniger große Wohnungsnotlage der Frau und ihres Kindes nicht zu rechtfertigen wäre".

So eindeutig ist die Lage allerdings nicht immer. Man kann nicht immer sagen, daß die ideellen Gesichtspunkte nur zu Gunsten eines Ehegatten sprechen. Das kann allerdings auch der Fall sein, wenn die Scheidung nicht auf Grund Verschuldens erfolgt ist (z. B. nach einer Scheidung aus § 50); es ist aber nicht der Fall, wenn wegen Verschuldens beider Ehegatten geschieden ist, keiner von ihnen aber für überwiegend schuldig erklärt ist (vgl. § 60 Abs. 2). Außerdem müssen, wie schon gesagt, auch wirtschaftlich-praktische Gesichtspunkte berücksichtigt werden, vor denen die ideellen nicht immer den Vorrang beanspruchen können. Dabei spielt, wenn ein oder mehrere Kinder aus der Ehe stammen und noch in der Wohnung leben, zweifellos eine erhebliche Rolle, daß die Wohnung den Kindern möglichst weiter erhalten bleiben muß. Es ist dafür zu beachten, daß die Sorge für die Person der Kinder sich nicht automatisch danach richtet, wie die Verschuldensfrage entschieden ist (§ 81). Wenn ein allein oder überwiegend für schuldig erklärter Ehegatte trotzdem die Sorge für die Kinder übertragen bekommen hat (§ 81 Abs. 3), so wird das Gericht, mögen auch ideelle Gesichtspunkte für die Zuteilung der Wohnung an den anderen Ehegatten sprechen, dennoch wahrscheinlich dem ersteren die Wohnung zuzuteilen haben. Aber selbst wenn kein Kind vorhanden ist, kann das Gericht sich nicht einfach danach richten, wer für schuldig erklärt ist. Es wird zwar kaum Anlaß haben, die Schwere dieses Verschuldens (z. B. im Falle des § 49) nochmals nachzuprüfen, denn wenn nicht eine schwere Eheverfehlung oder ein ehrloses oder unsittliches Verhalten vorgelegen hätte, wäre die Scheidung ja gar nicht erfolgt. Aber das Gericht wird beispielsweise, wenn die früheren Ehegatten nach der Scheidung zunächst noch zusammen in der Wohnung geblieben sind und erst nach einer Weile Streitigkeiten zwischen ihnen entstanden sind, so daß eine weitere Dauer dieses Zustandes nicht zumutbar ist, in erster Linie fragen müssen, wer denn die Schuld an diesen Streitigkeiten trägt. Es wird auch berücksichtigt werden müssen, daß etwa der Mann die Wohnung für seine Berufsausübung (z. B. seine ärztliche Praxis) besonders dringend braucht, während die Frau vielleicht bei ihren Eltern Unterkunft finden kann; in einem solchen Falle wird nach Lage der gesamten Verhältnisse, auch wenn der Mann für allein schuldig erklärt ist, möglicherweise doch ihm die Wohnung zuzuteilen sein. Die Abwägung aller Gesichtspunkte muß in jedem Einzelfalle nach seiner besonderen Lage erfolgen; die Fähigkeit des Richters, den Lebensverhältnissen gerecht zu werden und die Würdigung des Ideellen und des wirtschaftlich Praktischen richtig miteinander zu verbinden, kann sich hier besonders bewähren. Ohne Härte für den unterliegenden Teil kann es dabei manchmal nicht abgehen. Um so größer ist die Verantwortung, die der Richter hat.

Schon in einem der erwähnten Fälle, bei der Berücksichtigung der Berufsbedürfnisse, kommen nicht nur persönliche Belange in Betracht, sondern auch Erfordernisse der Volksgesamtheit. Es kann sein,

daß gerade sie in einem Falle den Ausschlag geben müssen, z. B. dann, wenn die ärztliche Versorgung der Bevölkerung erheblich erschwert werden würde, weil ein Arzt seine Wohnung räumen müßte. Aber nicht nur in solchen Sonderfällen verlangen die Gesamtbelange Berücksichtigung. In manchen Fällen kann die allgemeinere Erwägung am Platze sein, daß einer der geschiedenen Ehegatten in der Wohnung eine neue Familie begründen kann. In dieser Absicht wird er im Interesse des Volksganzen zu unterstützen sein; der andere muß dann unter Umständen zurückstehen. Es ist gar kein Zweifel, daß das Gericht bei seiner Entscheidung auch die Bedürfnisse der Volksgesamtheit, nicht nur die Belange der geschiedenen Ehegatten zu berücksichtigen hat. Überwiegen sie, so verdienen sie sogar zweifellos den Vorzug. Zu betonen ist aber, daß auch hier eine Abwägung erforderlich ist; das gilt auch im Verhältnis zu den ideellen Gesichtspunkten, die das Gericht zu beachten hat.

Die Belange des Vermieters habe ich bisher zurückgestellt. Daß er, wenn die Wohnung einem geschiedenen Ehegatten zugeteilt wird, für den Mietzins künftig nur einen Schuldner hat, während ihm bisher beide Ehegatten hafteten, braucht hier nicht näher erörtert zu werden, — wäre von beiden gekündigt und die Wohnung dann von einem von neuem gemietet worden, so wäre die Lage ja ebenso. Aber auch die Frage, wer von beiden die Wohnung erhält, spielt im Verhältnis zum Vermieter praktisch keine erhebliche Rolle. Meist erklärt sich dieser damit einverstanden, denjenigen als Mieter zu behalten, dem das Gericht die Wohnung zuteilt. Ist der Vermieter aber überhaupt berechtigt, gegen die vom Gericht beabsichtigte Zuteilung der Wohnung an einen der Ehegatten Einwendungen zu erheben? Früher hätte man das ohne Bedenken bejaht; man hätte darauf hingewiesen, daß sein Bestimmungsrecht als Hauseigentümer verletzt würde, wenn ihm ohne seine Zustimmung ein Mieter aufgedrängt würde. Aber die sozialpolitische Entwicklung des Mietrechts hat seine Rechte heute stark eingeschränkt. Das braucht im übrigen hier nicht erörtert zu werden. Es genügt der Hinweis, daß er sich beim Tode eines Mieters sogar gefallen lassen muß, daß Familienangehörige des Mieters in das Mietverhältnis eintreten, obwohl er zu ihnen bisher überhaupt nicht in Vertragsbeziehungen gestanden hat. Wieviel mehr muß das hier gelten! Würde die Ehe durch den Tod gelöst, so müßte er sich ja auch gefallen lassen, daß der überlebende Ehegatte, der bisher gemeinsam mit dem andern Mieter war, das Mietverhältnis allein fortsetzt. Zwischen dieser kraft Gesetzes eintretenden Allein-Nachfolge und der hier erfolgenden Zuteilung durch das Gericht ist offenbar kein großer Unterschied. Es gibt allerdings einige Fälle, in denen der Vermieter trotz des sonst geltenden Mieterschutzes aus Gründen, die in der Person eines Mieters liegen, die Aufhebung des Mietverhältnisses verlangen kann (vgl. die im Anhang abgedruckten §§ 2, 3 MietSchG). Solche Gründe muß er auch gegenüber der Zuteilung der Ehewohnung geltend machen können. Andere Einwendungen stehen ihm aber nicht zu.

II. Für eine formaljuristische Betrachtung liegen die Fälle, in denen nicht beide Ehegatten gemietet haben, sondern nur einer von ihnen Mieter der Wohnung ist, anders als die unter I behandelten. Einmal besteht in Ermangelung eines gemeinschaftlichen Mietvertrages keine vermögensrechtliche Gemeinschaft zwischen den Ehegatten, dann ist aber auch aus dem gleichen Grunde der Vermieter nur einem von ihnen zur Überlassung der Wohnung verpflichtet. Die Betrachtungsweise, die sich darauf beschränkt, vom Bestehen einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft auszugehen und bei ihr eine Gesetzeslücke auszufüllen, kann hier also nicht zu dem Ergebnis führen, daß der Richter nach Billigkeit dem einen oder dem anderen Ehegatten die Wohnung zuteilen kann. Hier zeigt sich aber erneut und in noch stärkerem Maße als bisher die Bedeutung unserer nationalsozialistischen Rechtsauffassung, daß es nicht auf eine formaljuristische Gestaltung, sondern auf das Lebensverhältnis als solches ankommt. Auch hier ist davon auszugehen, daß eine familienrechtliche Gemeinschaft der Ehegatten hinsichtlich der für ihre eheliche Haushaltsführung gemieteten Wohnung besteht. Das ist zweifellos ohne Rücksicht darauf der Fall, ob der Mietvertrag von beiden Ehegatten oder von einem allein abgeschlossen ist. Der Vertragsschluß hat zwar für ihre Haftung für den Mietzins und etwaige Schadensersatzleistungen Bedeutung; für die Art, wie sie gemeinsam die Wohnung benutzen, aber durchaus nicht. Das Ehe- und Familienleben in ihr spielt sich im einen Falle genau so ab wie im anderen. Sollen familienrechtliche und nicht vermögensrechtliche Grundsätze für die Auseinandersetzung gelten, so kommt es also auf die formalrechtliche Gestaltung des Vertragsschlusses nicht an. Auch das hat sich immer mehr durchgesetzt, — die Gerichte behandeln die Fälle, in denen nur ein Ehegatte die Wohnung gemietet hat, heute also ebenso wie die, in denen ein gemeinschaftlicher Mietvertrag vorliegt. Das gilt auch, wenn es sich um die Frage handelt, ob sie durch Zuteilung der Wohnung an den Ehegatten, der bisher nicht Mieter war, in die Rechte des Vermieters eingreifen dürfen. Daß das zulässig sein muß, ergibt sich aus der Überlegung, daß diesem die Benutzung durch ein Ehepaar ja bekannt war, daß er also, anders ausgedrückt, das Bestehen der familienrechtlichen Gemeinschaft bezüglich der Wohnung kannte. Soweit aus dieser Gemeinschaft Folgerungen zu ziehen sind, erscheint es auch ihm gegenüber als etwas Formales, wer den Mietvertrag abgeschlossen hat. Einwendungen dagegen, an Stelle des einen Ehegatten jetzt den anderen als Mieter zu erhalten, kann er also nur aus denselben Gründen erheben, wie sie unter I angegeben sind.

III. Wenn die bisherigen Ehegatten in einem Hause wohnen, das ihnen gemeinschaftlich gehört, so macht es für das hier Zutreffende keinen oder doch keinen wesentlichen rechtlichen Unterschied, ob es ein Einfamilienhaus ist oder ein Haus mit mehreren Wohnungen. Daß sie Miteigentümer sind, kann verschiedene Gründe haben: zwischen ihnen

kann eine eheliche Gütergemeinschaft begründet sein oder sie können nur das Haus zu Mieteigentum erworben haben. Diese Fälle brauchen aber hier nicht unterschieden zu werden, denn immer sind auf die vermögensrechtliche Gemeinschaft bezüglich des Hauses die §§ 752—754 BGB anzuwenden. Im Gegensatz zu den unter I und II behandelten Fällen bedarf es hier aber keiner Ausfüllung einer Gesetzeslücke. Auf das gemeinschaftliche Hausgrundstück ist zweifellos § 753 anwendbar, wonach die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung erfolgt. Aus der Anwendung dieser Vorschrift scheinen sich für eine angemessene Lösung Schwierigkeiten zu ergeben. Sie fallen aber weg, wenn man daran festhält, daß auch hier die Eigenschaft der Wohnung als Grundlage und Gegenstand einer familienrechtlichen Gemeinschaft Ausgangspunkt jeder Entscheidung sein muß. Auch hier folgt daraus, daß das Gericht demjenigen, der aus familienrechtlichen Gründen das bessere Recht auf die Wohnung hat, sie auf seine Klage hin zuzuteilen hat. Jede formaljuristische Betrachtungsweise muß demgegenüber zurücktreten. Zu fragen ist also nur, wie die Anwendung des § 753 BGB mit der familienrechtlichen Entscheidung in Einklang zu bringen ist.

Eine Berücksichtigung der Gesichtspunkte, die nach dem oben Gesagten vom Prozeßgericht bei der Zuteilung der Wohnung zugrunde zu legen sind, ist im Versteigerungsverfahren wenigstens bis zu einem gewissen Grade möglich. Die Behandlung von Geboten in der Versteigerung ist durch eine Verordnung vom 30. 6. 1941/27. 1. 1944 geregelt. Es kommt heute nicht darauf an, wer überhaupt das höchste Gebot abgegeben hat, sondern von wem das höchste nach den Preisstopvorschriften zulässige Gebot abgegeben ist. Haben beide Ehegatten ein solches Gebot abgegeben, so würde nach den allgemeinen Vorschriften derjenige den Zuschlag erhalten, der im unmittelbaren Besitz des Hauses ist; wenn beide Besitzer sind, würde das Los zwischen ihnen entscheiden. § 5a der genannten Verordnung bestimmt aber, daß hiervon abgewichen werden kann, wenn dies „wegen der Besonderheit des Einzelfalles zur Vermeidung einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Härte erforderlich ist". Diese Bestimmung ist offenbar auf einen Fall, wie ihn das Reichsgericht (siehe oben) entschieden hat, anwendbar. Bestände hier also die Ehewohnung in einem beiden Ehegatten gehörenden Einfamilienhaus, so könnte das Versteigerungsgericht dem im Felde befindlichen Manne den Zuschlag erteilen. § 5a versagt aber in Fällen, die nicht so eindeutig liegen, in denen also nicht der Zuschlag an den einen Ehegatten offensichtlich dem gesunden Volksempfinden widerspricht, vielmehr eine ins Einzelne gehende Abwägung einander widerstreitender ideeller und wirtschaftlich praktischer Gesichtspunkte nötig ist. Dafür ist das Versteigerungsverfahren seinem ganzen Aufbau nach nicht geeignet. § 5a versagt ferner, wenn nur ein Ehegatte das zulässige Höchstgebot abgegeben hat, dieser also allein für den Zuschlag in Betracht kommt. (Daß keiner der Ehegatten ein solches Gebot abge-

geben hat, kann wegen der geringen praktischen Bedeutung eines solchen Falles unerörtert bleiben.) Wie ist ein Ausweg aus diesem Nebeneinander der beiden gerichtlichen Verfahren zu finden?

Am nächsten liegt es, einfach Eigentumsfrage und Wohnungsfrage getrennt zu behandeln. Das bedeutet folgendes: Das Prozeßgericht spricht ohne Rücksicht auf das Versteigerungsverfahren demjenigen Ehegatten, den es für den würdigeren hält, das Recht auf die Wohnung zu. Wenn dann im Versteigerungsverfahren der andere den Zuschlag, also das Eigentum am Hause, erhält, so kann der im Hause wohnende Ehegatte von dem anderen Ehegatten als Eigentümer die Weiterüberlassung der Wohnung verlangen, wie wenn er mit ihm einen Mietvertrag geschlossen hätte. Wie gegenüber einem Dritten, so würde er hier gegenüber seinem früheren Ehegatten verpflichtet sein, dafür einen angemessenen Mietzins zu zahlen, der erforderlichenfalls vom Mieteinigungsamt festzusetzen wäre. Da die Ehe nicht mehr besteht, erscheint das durchaus angemessen. Vor allem leuchtet es ein, wenn die Wohnung nur eine von mehreren in dem Hause befindlichen ist. Aber auch beim Einfamilienhaus erscheint diese Trennung von Eigentum und Wohnrecht nicht gekünstelt; es gibt ja auch sonst genug Fälle, in denen Einfamilienhäuser vermietet sind. Wer sich daran stößt, der müßte beim Einfamilienhaus dem Prozeßgericht das Recht geben, zur Ausführung der Auseinandersetzung über die familienrechtliche Gemeinschaft einem der Ehegatten auch das Eigentum am Hause zuzusprechen. Den § 753 würde er aber auf diese Weise ganz außer Kraft setzen. Das scheint mir bedenklich, aber auch, wie gesagt, nicht nötig. Auch das spricht dagegen, daß dann Ein- und Mehrfamilienhäuser eine verschiedene rechtliche Behandlung erfahren müßten. Denn auf Mehrfamilienhäuser ließe sich das nicht anwenden. Man kann nicht den in einem solchen Hause verkörperten Vermögenswert bloß deshalb familienrechtlichen Gesichtspunkten unterwerfen, weil diese für die Weiterbenutzung einer vielleicht nur ganz kleinen Wohnung, womöglich einer von zehn oder zwanzig Wohnungen dieses Hauses maßgebend sind.

IV. Was unter III über das Auseinanderfallen von Eigentum und Wohnungsrecht gesagt ist, bildet auch den Schlüssel zu einer sachgemäßen Entscheidung in dem letzten Fall, nämlich dem, daß das Haus von vornherein nur im Eigentum eines Ehegatten steht. Die familienrechtliche Gemeinschaft hinsichtlich der Wohnung ist auch hier vorhanden. Daß einer der Ehegatten der Eigentümer des Hauses ist, in dem sie sich befindet — vielleicht sogar als einzige Wohnung des Hauses —, steht nicht im Wege, die familienrechtliche Gemeinschaft nach denselben Grundsätzen auseinanderzusetzen, die sonst gelten. Das Eigentum am Hause hindert das Gericht also nicht, die Wohnung dem anderen Ehegatten zuzuteilen, wenn es der Ansicht ist, daß das die angemessene Entscheidung ist. Dadurch kommt dann auch hier ohne Vertragsschluß ein Mietverhältnis zustande; für den Mietzins gilt das schon Gesagte. Ob der Ehegatte, der Eigentümer des

Hauses ist, dem anderen zu Unterhaltszahlungen verpflichtet ist, so daß dann Mietzins und Unterhalt gegeneinander aufgerechnet werden können, braucht hier nicht erörtert zu werden. Für das Mietverhältnis ist es ohne Bedeutung. Dieses unterliegt den allgemeinen Vorschriften; auch der Kündigungsschutz gilt dafür. —

Das Ergebnis ist also, wie zusammenfassend festzustellen ist, in allen Fällen das gleiche. Überall zeigt sich die Auffassung von der familienrechtlichen Gemeinschaft als fruchtbar.

Anhang

Gemeinschaft

§ 752 BGB:

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilung in Natur, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile zerlegen lassen. Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los.

§ 753 BGB:

Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Teilung des Erlöses. Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Teihabern zu versteigern.

Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Teilhaber die Wiederholung verlangen; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch mißlingt.

§ 754 BGB:

Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Teilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen.

Ehescheidung. A. Allgemeine Vorschriften

§ 46 EheG:

Die Ehe wird durch gerichtliches Urteil geschieden. Sie ist mit der Rechtskraft des Urteils aufgelöst. Die Voraussetzungen, unter denen die Scheidung begehrt werden kann, ergeben sich aus den nachstehenden Vorschriften.

B. Ehescheidungsgründe. I. Scheidung wegen Verschuldens (Eheverfehlungen)

§ 47 EheG:

Ehebruch. Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere die Ehe gebrochen hat. Er hat kein Recht auf Scheidung, wenn er dem Ehebruch zugestimmt oder ihn durch sein Verhalten absichtlich ermöglicht oder erleichtert hat.

§ 48 EheG:

Verweigerung der Fortpflanzung. Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere sich ohne triftigen Grund beharrlich weigert, Nachkommenschaft zu erzeugen oder zu empfangen, oder wenn er rechtswidrig Mittel zur Verhinderung der Geburt anwendet oder anwenden läßt.

§ 49 EheG:

Andere Eheverfehlungen. Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere durch eine sonstige schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses und unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Scheidung nicht begehren, wenn nach der Art seiner Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlung des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist.

II. Scheidung aus anderen Gründen

§ 50 EheG:

Auf geistiger Störung beruhendes Verhalten. Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn die Ehe infolge eines Verhaltens des anderen Ehegatten, das nicht als Eheverfehlung betrachtet werden kann, weil es auf einer geistigen Störung beruht, so tief zerrüttet ist, daß die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann.

§ 51 EheG:

Geisteskrankheit. Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere geisteskrank ist, die Krankheit einen solchen Grad erreicht hat, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist, und eine Wiederherstellung dieser Gemeinschaft nicht erwartet werden kann.

§ 52 EheG:

Ansteckende oder ekelerregende Krankheit. Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere an einer schweren ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit leidet und ihre Heilung oder die Beseitigung der Ansteckungsgefahr in absehbarer Zeit nicht erwartet werden kann.

§ 53 EheG:

Unfruchtbarkeit. Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere nach der Eheschließung vorzeitig unfruchtbar geworden ist.

Die Scheidung ist ausgeschlossen, wenn die Ehegatten miteinander erbgesunde eheliche Nachkommenschaft oder ein gemeinschaftlich an Kindes Statt angenommenes erbgesundes Kind haben.

Wer selbst unfruchtbar ist, hat kein Recht auf Scheidung. Das gleiche gilt für den Ehegatten, der eine neue Ehe aus gesundheitlichen Gründen nicht würde eingehen dürfen oder dem das Gesundheitsamt hiervon abraten müßte.

§ 54 EheG:

Vermeidung von Härten. In den Fällen der §§ 50 bis 53 darf die Ehe nicht geschieden werden, wenn das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist.

Dies ist in der Regel dann anzunehmen, wenn die Auflösung der Ehe den anderen Ehegatten außergewöhnlich hart treffen würde. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den Umständen, namentlich auch nach der Dauer der Ehe, dem Lebensalter der Ehegatten und dem Anlaß der Erkrankung oder der Unfruchtbarkeit.

§ 55 EheG:

Auflösung der häuslichen Gemeinschaft. Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.

Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann der andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.

D. Schuldausspruch

§ 60 EheG:

Bei Scheidung wegen Verschuldens. Wird die Ehe wegen Verschuldens des Beklagten geschieden, so ist dies im Urteil auszusprechen.

Hat der Beklagte Widerklage erhoben und wird die Ehe wegen Verschuldens beider Ehegatten geschieden, so sind beide für schuldig zu erklären. Ist das Verschulden des einen Ehegatten erheblich schwerer als das des anderen, so ist zugleich auszusprechen, daß seine Schuld überwiegt.

. . . . . .

§ 61 EheG:

Bei Scheidung aus anderen Gründen. Wird die Ehe auf Klage und Widerklage geschieden und trifft nur einen Ehegatten ein Verschulden, so ist dies im Urteil auszusprechen.

. . . . . .

III. Verhältnis zu den Kindern

§ 81 EheG:

Sorge für die Person des Kindes. Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Sind mehrere gemeinschaftliche Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder dem gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen egboten und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.

Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

Das Vormundschaftsgericht kann die Anordnung jederzeit ändern, wenn das Wohl des Kindes es erfordert.

Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten zu hören. Die Anhörung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

Aufhebung des Mietvertrages

Aus dem Mieterschutzgesetz:

§ 2 MietSchG:

Der Vermieter kann auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagen, wenn der Mieter oder eine Person, die zu seinem Hausstand oder Geschäftsbetrieb gehört oder der er den Gebrauch des Mietraums überlassen hat, sich einer erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig macht oder durch unangemessenen Gebrauch des Mietraums oder Vernachlässigung der gebotenen Sorgfalt den Mietraum oder das Gebäude erheblich gefährdet oder wenn der Mieter einem Dritten den Gebrauch des Mietraums beläßt, obwohl er zur Überlassung nicht befugt ist.

Die Aufhebung ist nur zulässig, wenn der Mieter ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters das Verhalten fortsetzt oder es unterläßt, eine ihm mögliche Abhilfe zu schaffen, oder wenn das Verhalten des Mieters oder einer der im Abs. 1 bezeichneten Personen ein solches war, daß dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Hatte der Vermieter oder eine zu seinem Hausstand oder Geschäftsbetrieb gehörige oder mit seiner Vertretung in Mietangelegenheiten betraute Person die Belästigung (Abs. 1) durch eigenes Verschulden veranlaßt, so findet eine Aufhebung nicht statt.

Der Vermieter muß die Klage binnen 6 Monaten von dem Zeitpunkt an erheben, in dem er von dem Aufhebungsgrund Kenntnis erlangt hat. Die Klage ist ausgeschlossen, wenn seit dem Entstehen des Aufhebungsgrundes ein Jahr verstrichen ist.

§ 3 MietSchG:

Der Vermieter kann auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagen, wenn der Mieter, welcher den Mietzins in kürzeren als vierteljährigen Zeitabschnitten zu entrichten hat, mit einem Betrag im Verzug ist, welcher den für die Dauer eines Monats zu entrichtenden Mietzins übersteigt; bei einem den Betrag für 2 Monate nicht erreichenden Rückstand ist die Erhebung der Klage erst zwei Wochen nach der Fälligkeit zulässig. Ist der Mietzins in vierteljährigen oder längeren Zeitabschnitten zu entrichten, so kann die Aufhebungsklage erhoben werden, wenn der Mieter mit einem Betrag im Verzug ist, welcher den für die Dauer eines Vierteljahres zu entrichtenden Mietzins erreicht; bei nur einmaligem Rückstand ist die Erhebung der Klage erst 2 Wochen nach der Fälligkeit zulässig. Bezieht sich der Rückstand auf mehrere Zeitabschnitte, so ist für die Berechnung des nach Satz 1, 2 maßgebenden Betrags der Mietzins des Zeitabschnitts zugrunde zu legen, hinsichtlich dessen der Mieter zuerst in Verzug geraten ist.

Der Anspruch besteht nicht, wenn der Verzug auf Unkenntnis des Mieters über den Betrag oder den Zeitpunkt der Fälligkeit des Mietzinses oder auf irrige Annahme eines Aufrechnungs-, Minderungs- oder Zurückbehaltungsrechts zurückzuführen ist, es sei denn, daß die Unkenntnis oder der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht.

Die Aufhebung ist nicht mehr zulässig, wenn bis zum Ablauf eines Monats seit Erhebung der Klage der Mieter den Vermieter befriedigt oder eine gegenüber der Mietzinsforderung zulässige Aufrechnung erklärt oder wenn innerhalb dieser Frist dem Gericht die Erklärung der Fürsorgebehörde

oder der Kreisamtsleitung der NSV (§ 10 Abs. 2) zugeht, daß sie zur Befriedigung des Vermieters bereit sei. Beantragt in diesen Fällen der Vermieter alsbald, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, so hat der Mieter die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Nachtrag.

Der vorstehend abgedruckte Aufsatz befand sich bereits im Satz, als im Reichsgesetzblatt eine Verordnung des Reichsministers der Justiz über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung (v. 21. 10. 1944 RGBl. I, S. 256) veröffentlicht wurde. Ihre Bestimmungen geben, wie noch näher zu erörtern ist, für die Ehewohnung fast durchweg die von mir im Anschluß an die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wieder, verleihen ihnen also nunmehr Gesetzeskraft. Insofern ist es jetzt nicht mehr erforderlich, diese Grundsätze näher zu begründen; die Tatsache der Regelung durch diese Verordnung befreit von dieser Notwendigkeit. Trotzdem scheint mir das, was ich ausgeführt habe, nicht überflüssig zu sein. Denn es kam mir ja darauf an zu zeigen, wie die Rechtsprechung über das Gesetz hinaus das Recht weiter entwickeln kann. Daß das so geschaffene richterliche Recht dann zum Gesetzesrecht erhoben wird, ist kein vereinzelt dastehender Vorgang. Ein Gesetz oder eine Verordnung ist keineswegs immer ein Befehl zur Erstrebung und Verwirklichung neuer rechtspolitischer Ziele, es kann auch der Niederschlag der Rechtsauffassungen sein, die die Gerichte oder die Wissenschaft in ihrer ständigen aktiven Arbeit am Recht bereits ausgesprochen haben und deren Durchführung nun durch die gesetzliche Festlegung gesichert und erleichtert werden soll.

Für die Wohnung (über den Hausrat s. unten) spricht die Verordnung zunächst allgemein aus, daß der Richter, wenn sich die bisherigen Ehegatten nicht einigen, auf Antrag die Rechtsverhältnisse an ihr regelt und daß er dabei nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Wohles der Kinder und der Erfordernisse des Gemeinschaftslebens sowie der Ursache der Eheauflösung zu entscheiden hat (§§ 1, 2). Das entspricht — auch in der Betonung der Grundlagen für die Entscheidung — durchaus dem von mir Ausgeführten. Neu aber ist das Verfahren, in dem die Wohnungsverhältnisse geregelt werden. Künftig entscheidet immer das Amtsgericht (§ 11), und an Stelle des Zivilprozesses mit seinen ziemlich starren Formen ist das bewegliche und anpassungsfähige Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit getreten (§ 13 Abs. 1). Dadurch ist der Richter von der bisherigen Beengung durch die Anträge der Parteien frei geworden, die Beteiligung des Vermieters am Verfahren ist auf eine feste Grundlage gestellt (§ 7). Auch die zur Durchführung der Entscheidung notwendigen Maßnahmen kann das Gericht nun anordnen (§ 15); schließlich kann es bei Änderung der tatsächlichen Verhältnisse seine Entscheidung ändern (§ 17).

An Einzelheiten mag Folgendes hervorgehoben werden: Die Teilung der Wohnung ist dadurch erleichtert, daß der Richter auch bauliche Änderungen anordnen kann, die sie ermöglichen (§ 15); in einem solchen Falle entscheidet er auch, wer die entstehenden Kosten zu tragen hat. Für die Teilwohnungen kann er dann an Stelle des bisherigen neue Mietverhältnisse begründen (§ 6). Auf die Wahrung der Rechte des Vermieters und anderer Dritter legt die Verordnung besonderes Gewicht. Sowohl bei der Zuweisung einer gemeinschaftlich gemieteten Wohnung an einen der Ehegatten wie dann, wenn der Richter die von einem Ehegatten gemietete Wohnung dem anderen zuweist, ist ihm die Befugnis gegeben, durch Anordnungen gegenüber den Ehegatten die Ansprüche des Vermieters zu sichern (§ 5 Abs. 1). Wenn die Auseinandersetzung über die Ehewohnung erst später als ein Jahr nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils beantragt wird, so darf der Richter in die Rechte des Vermieters sogar nur eingreifen, wenn dieser einverstanden ist (§ 12). Eine Dienst- oder Werkwohnung, die einem der Ehegatten zusteht, darf der Richter dem anderen überhaupt nur mit Zustimmung desjenigen zuweisen, mit dem das Dienst- oder Arbeitsverhältnis besteht (§ 4). Befindet sich die Wohnung in einem Hause, das einem der Ehegatten gehört, so berücksichtigt die Verordnung die Interessen des Hauseigentümers stärker, als es in meinem Aufsatz vorgesehen war; dem anderen Ehegatten soll die Wohnung in diesem Falle nur dann zugewiesen werden, wenn es notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden (§ 3). In der Verordnung ist ausdrücklich vorgesehen, daß der Richter ein Mietverhältnis unter Festsetzung des Mietzinses neu begründen kann (§ 5 Abs. 2). In die Eigentumsverhältnisse am Hause greift die Verordnung also nicht ein. Sollte das Haus daher im Miteigentum der bisherigen Ehegatten stehen, so findet darüber eine besondere Auseinandersetzung statt, so wie ich es in meinem Aufsatz schon geschildert habe.

Die Vorschriften der Verordnung über den Hausrat, die auf denselben Grundgedanken aufbauen wie die über die Wohnung, bringen mehr als diese neues Recht, denn für den Hausrat hatte sich eine feste Rechtsprechung noch nicht entwickelt. Ihre Bedeutung im einzelnen kann ich hier nicht erörtern. Folgendes mag genügen: „Hausrat, der beiden Ehegatten gehört, verteilt der Richter gerecht und zweckmäßig". (Als gemeinschaftliches Eigentum gilt im Zweifel aller während der Ehe für den gemeinsamen Haushalt angeschaffte Hausrat.) Bei der Zuteilung kann der Richter dem Ehegatten, der Alleineigentümer wird, wenn es der Billigkeit entspricht, eine Ausgleichszahlung auferlegen (§ 8). Auch Hausrat, der nur einem Ehegatten gehört, kann der Richter unter Umständen dem andern zuteilen. Dafür ist aber Voraussetzung, daß es sich um notwendige Gegenstände handelt, daß dieser Ehegatte auf ihre Weiterbenutzung angewiesen ist und daß es dem Eigentümer zugemutet werden kann, sie dem andern zu überlassen. Die Zuteilung kann sowohl zur Benutzung wie zu Eigentum erfolgen, in beiden Fällen unter Festsetzung einer Vergütung (§ 9). Für etwaige Gläubigerrechte bestehen besondere Vorschriften (§ 10).

Lösung des bürgerlichrechtlichen Rechtsfalles für Anfänger aus dem Rundbrief Nr. 22

Das gestohlene Verlobungsgeschenk

Von Reg.-Rätin v. Brünneck, Berlin.

Der 21 Jahre alte Gefreite August Müller lernte während eines Urlaubs die gleichaltrige Berta Schulze kennen. Beide fanden Gefallen aneinander und kamen am Schluß des Urlaubs überein, sich zu verloben, allerdings, ohne die Eltern zu benachrichtigen. Auch eine Veröffentlichung der Verlobung unterblieb. Beim Abschied gab Berta Schulze dem Gefreiten eine Photographie von sich in einem sehr kostbaren silbernen Rahmen, der ein Familienerbstück war. Sie sagte dabei: „Nimm dies als Erinnerung an mich und zugleich als Verlobungsgeschenk". Der Gefreite nahm das Bild an sich und fuhr damit an seinen neuen Standort nach Frankreich.

Innerhalb des folgenden Jahres wurden der Gefreite und das Mädchen einander überdrüssig und beschlossen, Schluß zu machen. Der Gefreite forderte die Gegenstände, die er der Berta Schulze geschenkt hatte, nämlich einen Ring und ein Armband zurück und erhielt sie auch. Sie ihrerseits verlangte ihre Photographie und den Rahmen zurück. Er antwortete ihr, daß er diesen kostbaren Rahmen nicht der Post anvertrauen wolle und bis zum nächsten Urlaub behalten würde, um ihn dann selbst an ihren Wohnort zu überbringen. Sie war damit einverstanden. Als der Gefreite auf Urlaub fahren wollte, war das Bild nicht zu finden. Er hatte es im Spind auf seiner Stube eingeschlossen gehabt. Als er danach suchte, stellte sich heraus, daß ihm und seinen Kameraden noch andere Gegenstände fehlten. Offenbar waren diese von französischem Personal, das die Reinigung der Stuben zu besorgen hatte, gestohlen worden. Von der Feldgendarmerie angestellte Ermittlungen verliefen ergebnislos.

Der Gefreite teilte nun der Berta Schulze mit, daß das Bild ohne sein Verschulden gestohlen sei. Das Mädchen verlangte darauf Ersatz. Der Gefreite schrieb zurück, daß es ihm nur möglich sei, Geldersatz zu leisten, einen gleichwertigen Rahmen könne er im Kriege nicht beschaffen. Das Mädchen antwortete, daß ihr an Geldersatz nichts gelegen sei, sie wolle ein gleichwertiges Stück. Dieses werde sich in der Verwandtschaft des Gefreiten wohl auftreiben lassen. Lieferfrist 3 Monate.

Der Gefreite lehnte diese Forderung ab. Seine Verwandten könne er mit dieser Sache nicht belasten. Im übrigen sei er überhaupt nicht ersatzpflichtig.

Wie ist die Rechtslage?

Gesetzestexte

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch:

§ 1298 BGB:

(Ersatzpflicht bei Rücktritt.) Tritt ein Verlobter von dem Verlöbnisse zurück, so hat er dem anderen Verlobten und dessen Eltern sowie dritten Personen, welche an Stelle der Eltern gehandelt haben, den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, daß sie in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind. Dem anderen Verlobten hat er auch den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er in Erwartung der Ehe sonstige sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat.

Der Schaden ist nur insoweit zu ersetzen, als die Aufwendungen, die Eingehung der Verbindlichkeiten und die sonstigen Maßnahmen den Umständen nach angemessen waren.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn ein wichtiger Grund für den Rücktritt vorliegt.

§ 1301 BGB:

(Herausgabe der Geschenke.) Unterbleibt die Eheschließung, so kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Rückforderung ausgeschlossen sein soll, wenn das Verlöbnis durch den Tod eines der Verlobten aufgelöst wird.

§ 812 BGB:

(Grundsatz.) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

§ 818 BGB:

(Umfang des Bereicherungsanspruchs.) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt.

Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.

Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

Von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

§ 819 BGB:

(Verschärfte Haftung.) Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe ver-

pflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfange der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.

§ 292 BGB:

(Haftung von der Rechtshängigkeit an.) Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten, soweit nicht aus dem Schuldverhältnis oder dem Verzuge des Schuldners sich zu Gunsten des Gläubigers ein anderes ergibt.

Das gleiche gilt von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Schuldners auf Ersatz von Verwendungen.

§ 989 BGB:

(Haftung für Verschulden.) Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

Lösung

Die angeführten Gesetzesbestimmungen ergeben, daß aus einem Verlöbnis unter gewissen Voraussetzungen Schadensersatz- und Rückforderungsansprüche entstehen können. Voraussetzung für diese Ansprüche ist in allen Fällen, daß zunächst ein wirksames Verlöbnis bestanden hat. Wann ein wirksames Verlöbnis vorliegt, ist im Gesetz nicht gesagt. Nach allgemeiner Rechtsanschauung ist dafür vor allem ein gegenseitiges ernstliches Eheversprechen erforderlich. Ob weiter Volljährigkeit der beiden Partner oder bei Minderjährigkeit die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegen muß, ist bestritten. Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich davon ab, ob man das Verlöbnis als einen gewöhnlichen gegenseitigen Vertrag oder richtiger als einen personenrechtlichen Zusammenschluß ansieht, vgl. hierzu den nachstehend abgedruckten Auszug aus dem Kollegheft von Professor Dr. Siebert und den Prager Feldpostbrief Nr. 13, Seite 10 ff.

Hier spielt diese Streitfrage keine Rolle, da sowohl der Gefreite wie das Mädchen volljährig sind. Da beide nach dem Sachverhalt „übereingekommen sind, sich zu verloben", liegt auch ein ernstliches Eheversprechen vor. Daß der Gefreite nicht in aller Form bei den Eltern der Berta Schulze um die Hand der Tochter angehalten hat, ist ohne Bedeutung. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die beiden ihre Verlobung in der Zeitung oder durch Anzeigen veröffentlicht und ob sie Ringe gewechselt haben. Alle diese üblichen Formen der Verlobung sind zwar — namentlich im

Streitfalle — regelmäßig ein wichtiges Anzeichen dafür, daß die Verlobten den ernstlichen Willen hatten, die Ehe miteinander einzugehen. Aber auch wenn diese Formen fehlen, kann ein wirksames Verlöbnis vorliegen.

Das Verlöbnis zwischen dem Gefreiten und der Berta Schulze ist nun in gegenseitigem Einvernehmen wieder aufgehoben worden. Da beide beschlossen, „Schluß zu machen", liegt hier ein Rücktritt nicht vor, denn das Wesen des Rücktritts besteht in der einseitigen Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Das wäre etwa der Fall, wenn der Gefreite nach der Verlobung von einem schlechten Lebenswandel der B. erfahren und ihr daraufhin einen Absagebrief geschrieben hätte. Hier haben aber beide übereinstimmend die zwischen ihnen bestehende familienrechtliche Gemeinschaft wieder aufgehoben. Schadensersatzansprüche aus § 1298 BGB, der einen Rücktritt voraussetzt, kommen also nicht in Frage.

Dagegen greift § 1301 BGB ein: die Herausgabe der erhaltenen Geschenke. Diese Vorschrift gilt immer dann, wenn die Eheschließung aus irgendeinem Grunde (ausgenommen Tod eines Verlobten vgl. hierzu § 1301 Satz 2) unterbleibt. Die hierdurch begründete Rückgabepflicht ist also unabhängig davon, ob das Verlöbnis durch Rücktritt aufgelöst ist und wer den Rücktritt verschuldet hat oder ob — wie hier — eine gegenseitige Aufhebung stattgefunden hat. Also muß der Gefreite die Photographie und den Rahmen herausgeben. Beides war ein Verlobungsgeschenk, wie Berta Schulze ihm bei der Übergabe ausdrücklich gesagt hat.

Jedoch ist im § 1301 die Rückgabe der im Hinblick auf die Eheschließung gemachten Geschenke nicht schlechthin angeordnet, sondern für das Nähere auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verwiesen. Das bedeutet, daß auch § 818 BGB Anwendung findet. Nach § 818 Abs. 2 muß der Empfänger, der nicht mehr imstande ist, den ungerechtfertigt erlangten Gegenstand herauszugeben, den Wert ersetzen. Überträgt man diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall, so folgt zunächst daraus, daß im Verhältnis zwischen dem Gefreiten und der Berta nur ein Anspruch auf Wertersatz in Betracht kommt. Dagegen kann Berta keinesfalls einen gleichwertigen Rahmen von dem Gefreiten verlangen. Ihr dahingehender Anspruch ist also jedenfalls unbegründet.

Ob sie diesen Anspruch auf Wertersatz geltend machen kann, ist jedoch mit der Anwendung des § 818 Abs. 2 noch nicht entschieden, denn auch § 818 Abs. 3 ist zu beachten: nur soweit die Geschenke noch vorhanden sind, brauchen sie von den Verlobten herausgegeben zu werden. Das hat seinen guten Grund: Solange die Verlobung besteht, braucht normalerweise keiner der Verlobten mit ihrer Auflösung zu rechnen. Er wird also die Geschenke als sein uneingeschränktes Eigentum betrachten, sie, wenn sie etwa in Geld oder Lebensmitteln bestehen, verbrauchen, anderweitig darüber verfügen usw. Dieses Verhalten kann nicht rückwirkend rechtlich gemißbilligt

werden, wenn die Eheschließung später unterbleibt. (Nur im Falle des § 1298, also bei verschuldetem Rücktritt, kommt darüber hinaus eine Haftung auf Schadensersatz in Frage.)

Da der Gefreite hier den Rahmen nicht mehr hat, würde man also zu dem Ergebnis kommen, daß er auch nichts mehr herauszugeben braucht. Aber ganz so einfach ist die Sache doch nicht, denn wir müssen auch die Vorschrift des § 819 BGB berücksichtigen, die eine klare Einschränkung zu § 818 Abs. 3 enthält. Wenn wir vorhin aus § 818, 3 folgerten, daß der Verlobte ohne nachteilige Folgen über die Verlobungsgeschenke als sein Eigentum verfügen darf, so gilt das doch nur während des Verlöbnisses. Mit der Auflösung des Verlöbnisses ändert sich das selbstvertändlich. Jeder Verlobte muß von nun an mit Rückforderungsansprüchen des anderen Verlobten rechnen, er muß die geschenkten Gegenstände nun gewissermaßen als fremdes Vermögen ansehen und mit der entsprechenden Sorgfalt behandeln. Deshalb gilt hier der allgemeine Rechtsgrundsatz des § 819 BGB, der besagt, daß jeder, der einen Gegenstand ungerechtfertigt besitzt, von dem Augenblick an, in dem er weiß, daß sein Besitz ungerechtfertigt ist, schärfer haftet. Danach kommt es hier darauf an, in welchem Zeitpunkt der Rahmen dem Gefreiten gestohlen worden ist. War das Bild schon zur Zeit der Entlobung nicht mehr vorhanden, so war der Gefreite insoweit nicht mehr bereichert und braucht gemäß § 818 Abs. 3 nichts mehr herauszugeben. Ist das Bild jedoch erst später gestohlen worden, so greift § 819 BGB ein. Der Sachverhalt spricht hier mehr für das letztere. Ganz klar ist das allerdings nicht und müßte im Prozeßfall genau festgestellt werden. Wir wollen hier jedoch von dieser letzten Möglichkeit ausgehen.

Wie im einzelnen die schärfere Haftung des § 819 BGB aussieht, ist in dieser Vorschrift nicht gesagt, sondern durch eine umfangreiche Verweisung auf andere Vorschriften geklärt. Nach § 819 Abs. 1 soll so gehaftet werden, wie wenn der Herausgabeanspruch rechtshängig geworden wäre. Rechtshängig wird ein Anspruch insbesondere dann, wenn er durch Klageerhebung geltend gemacht wird. Stellen wir uns die Lage vor, die durch die Erhebung einer Klage auf Herausgabe entsteht, so verstehen wir den Grund dieser Verweisung. Solange jemand unangefochten im Besitz eines Gegenstandes ist, wird er normalerweise den Gegenstand als sein uneingeschränktes Eigentum betrachten und darüber verfügen können. Bestreitet ihm jetzt jemand den Besitz und erhebt sogar Klage gegen ihn, so muß der Besitzer von diesem Augenblick an damit rechnen, daß der Gegenstand ihm vielleicht nicht zukommt, und er muß ihn nunmehr mit entsprechender Sorgfalt behandeln, darf ihn nicht etwa während des schwebenden Verfahrens vernichten usw. Wie im einem Falle die Kenntnis, daß man den Gegenstand ungerechtfertigt erlangt hat, so begründet im anderen Falle die Klageerhebung eine schärfere Haftung. Dies ist der innere Grund für die Gleichsetzung der beiden Rechtslagen.

Wie die Haftung bei Rechtshängigkeit aussieht, ist in den §§ 291, 292 BGB gesagt, von denen der letztere hier in Betracht kommt. Aber auch hier sagt uns das BGB noch nicht alles und verweist uns wiederum auf Sondervorschriften, nämlich diejenigen Vorschriften, die bei Rechtshängigkeit zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer einer Sache gelten. Diese Vorschriften hier näher zu erläutern, würde zu weit führen. Der Grund der Verweisung liegt vor allem darin, daß das Gesetz für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis eine sehr eingehende und z. T. recht komplizierte Regelung geschaffen hat und diese nunmehr auch auf den Fall des § 291 BGB im ganzen überträgt.

Innerhalb der danach anzuwendenden Vorschriften der §§ 987 ff. BGB interessiert uns hier der § 989 BGB. Danach kommt es entscheidend darauf an, ob der Gefreite die Unmöglichkeit der Herausgabe des Rahmens *verschuldet* hat. Das wäre der Fall, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hätte. Da das erstere ausscheidet, kommt nur Fahrlässigkeit in Betracht. Diese liegt nach § 276 BGB vor, wenn jemand die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt.

Ob dies hier der Fall ist, wird man endgültig nur nach genauer Kenntnis aller näheren Umstände entscheiden können. Nach dem im Sachverhalt Gesagten ist es zu verneinen. Wenn der Gefreite den Rahmen innerhalb einer geschlossenen Wehrmachtsunterkunft ständig unter Verschluß gehalten hat, so wird ihm keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein. Anders wäre es, wenn er z. B. die an sich gegebene Möglichkeit einer sichereren Aufbewahrung nicht ausgenutzt hätte.

Hieraus folgt, daß, soweit wir das beurteilen können, *Berta Schulze nach den Verlöbnisvorschriften keinen Wertersatz verlangen kann.*

Mancher Leser, der bis hierher gefolgt ist, wird vielleicht ein hartes Wort über die merkwürdige Technik des BGB nicht unterdrücken können, das in unserem Falle mit dem Rechtsuchenden eine Art Julklappscherz veranstaltet und statt eines klaren Ausspruches über die Haftung immer wieder auf andere Vorschriften verweist. Diese Technik ist schon oft angegriffen worden und findet sich in modernen Gesetzen seltener. Sie hat aber auch ihr Gutes. Sie zeigt nämlich, daß das BGB ein in sich geschlossenes System bildet, daß es gewissermaßen von einer höheren Warte die einzelnen Rechtsverhältnisse wägt und einordnet. Daraus folgt, daß innerlich gleiche Rechtskonflikte auch gleich behandelt werden müssen. Die Verweisung deckt also hier einen inneren Zusammenhang auf, dessen Erkenntnis dem Juristen u. U. auch bei der Entscheidung der nicht im Gesetz geregelten Fragen eine Hilfe sein kann. Zugleich erspart sie umständliche Wiederholungen.

Ansprüche der B. aus anderem Rechtsgrunde kommen nicht in Betracht. Die Vorschriften über gegenseitige Verträge scheiden

aus, weil das Verlöbnis kein gegenseitiger Vertrag ist, vgl. oben. Im übrigen hat das BGB die Ansprüche bei Auflösung des Verlöbnisses in den §§ 1298 ff. speziell geregelt. Wo aber eine solche Sonderregelung vorliegt, können wir niemals auf allgemeine Vorschriften zurückgreifen, soweit diese hiervon abweichen.

Also ergibt sich, daß die Forderung der Berta Schulze gegen den Gefreiten unbegründet ist. Daß ihr darüber hinaus ein Anspruch gegen die Verwandten nicht zusteht, bedarf keiner näheren Erläuterung. Nach heutiger Auffassung sind die Sippenangehörigen nicht mehr selbst beteiligte Partner des Verlöbnisses; sie werden jedenfalls durch das Verlöbnis nicht rechtlich verpflichtet, so daß Ansprüche des einen Verlobten gegen die Verwandten des anderen Verlobten nach den Verlöbnisvorschriften nicht in Betracht kommen. Nur umgekehrt kann bei verschuldetem Rücktritt ein Ersatzanspruch von Verwandten unter bestimmten Voraussetzungen gegeben sein, vgl. § 1298, I S. 1 BGB. Berta Schulze wird sich daher mit dem Verlust des Rahmens und der Photographie abfinden müssen.

Aus dem Kollegheft: Personen- und Familienrecht

Von Professor Dr. W. Siebert, Universität Berlin.

§ 17. Das Verlöbnis.

I. Wesen des Verlöbnisses.

1. Die Verlobung ist die Begründung einer familienrechtlichen Gemeinschaft durch die einverständliche Übernahme der Verpflichtung zu künftiger Eheschließung. Der Rechtsnatur nach handelt es sich um einen personenrechtlichen Zusammenschluß, dessen systematische Stellung bestritten ist. Jedenfalls werden hier Berechtigung und Folgen der Unterscheidung zwischen dem Personenrecht und Gemeinschaftsrecht einerseits und dem Vermögensrecht andererseits in ihrer Problematik sichtbar; vgl. famr. GesS. Vorbem. Nr. 32, S. 80, und oben § 2, III.

2. Das Verlöbnis ist eine personenrechtliche Gemeinschaft. Ihre Eigenart ist:

   a) Ihr Inhalt besteht in einer beiderseitigen umfassenden Treupflicht, die sich nicht in bestimmten Einzelansprüchen erschöpft. (Das entspricht dem Wesen jeder personenrechtlichen Gemeinschaft, vgl. oben § 2, III.)

   b) Auf Erfüllung der Pflicht zur Eingehung der Ehe kann nicht geklagt werden. § 1297. (Das ist eine Besonderheit gerade des Verlöbnisses.)

c) Jeder Rücktritt vom Verlöbnis beendet das Rechtsverhältnis; die rechtliche Bindung äußert sich jedoch immerhin darin, daß der unbegründete Rücktritt schadensersatzpflichtig macht.

3. Die Wirkungen des bestehenden Verlöbnisses sind:
   a) Die beiderseitige Treupflicht, deren Verletzung jedoch keine besonderen Schadensersatzpflichten nach sich zieht, außer wenn es zur unberechtigten Auflösung des Verlöbnisses kommt.
   b) Wichtige Erleichterungen für Namensänderung der Braut und der Brautkinder; vgl. schon oben § 11.
   c) Formerleichterung für Ehevertrag und Erbverzicht, §§ 2275, 2276, 2279, 2290, 2347, 2352.
   d) Wirkungen im Strafrecht und im Prozeßrecht: Erweiterungen des Notstandsrechts („Angehörige", aber keine Verwandtschaft!) und Zeugnisverweigerungsrecht, StGB §§ 52, 54, 257 Abs. 2 ZPO 383, 408; StPO §§ 51, 76.
   e) Außerdem bei Beendigung des Verlöbnisses: evtl. Schadensersatzpflicht, §§ 1298 ff.

II. Die Eingehung des Verlöbnisses (die Verlobung).

1. Keine Form erforderlich (aber ernsthaftes Eheversprechen nötig).
2. In welchem Umfange die Gültigkeitsvoraussetzungen der §§ 104 ff. BGB für „Rechtsgeschäfte" auch hier gelten, hängt z. T. von der Auffassung über das Wesen des Verlöbnisses ab (vgl. Dietz, Grundriß S. 80, Siebert, Dtsch. Rechtswiss. 1936, S. 207 ff.):
   a) Bestritten ist z. B., ob volle Geschäftsfähigkeit erforderlich ist. RG. bejaht, Verlöbnis sei ein Vertrag, vgl. RGZ. 98, S. 13; Rücktritt erfordert aber keinesfalls Volljährigkeit (unbestritten).
   b) Zweifelhaft ferner, ob § 116 anwendbar. RG. bejaht, vgl. RGZ. 149, S. 148. Verlöbnis des Heiratsschwindlers gültig? Vgl. auch RGSt. Bd. 75, S. 290.
   c) Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, Drohung zulässig? Mit rückwirkender Kraft (§ 142)? RG. bejaht: JW. 1936, S. 863.
   d) Dagegen sicher anwendbar die allgemeinen Grundregeln des Rechts, z. B. §§ 134, 138 BGB. Das Bestehen von Ehehindernissen kann die Gültigkeit des Verlöbnisses ausschließen. Vgl. z. B. RGZ. 105, S. 245.
   e) Keine Stellvertretung und vielfach keine Bedingung zulässig.

III. Beendigung des Verlöbnisses.

1. Jeder Rücktritt beendet das Verlöbnis.
2. Schadensersatzpflicht in folgenden Fällen:
   a) § 1298: Rücktritt ohne wichtigen Grund; ein wichtiger Grund kann auch dann gegeben sein, wenn den anderen Teil kein Verschulden trifft (z. B. Erbkrankheit).

b) § 1299: Schuldhaft veranlaßter wichtiger Grund und daraufhin mit Rücktritt des anderen Teils.

c) § 1299 in entsprechender Anwendung: Schuldhaft veranlaßter wichtiger Grund und eigener Rücktritt (vor Rücktrittserklärung des anderen Teils).

3. Umfang des Schadens (RGZ. 163, S. 286):

a) § 1298.

c) Weitergehende Ansprüche aus §§ 823 ff. möglich.

Zu a)—c): immer nur Ansprüche auf das Vertrauensinteresse, nicht auf das Erfüllungsinteresse.

4. Rückgabe der Geschenke: § 1301, dazu z. B. §§ 815, 818, 819 Abs. 1.

Im folgenden drucken wir einen strafrechtlichen Rechtsfall ab, der uns als tatsächliches Erlebnis von einem Leser unserer Briefe mitgeteilt worden ist. Herr Professor Dr. Siebert hat daraufhin diesen Fall in seiner bürgerlich-rechtlichen Anfängerübung dieses Semesters zur Diskussion gestellt. Die Ergebnisse dieser Auseinandersetzung werden wir bei der Lösung berücksichtigen, die im nächsten Rundbrief abgedruckt wird.

Der Schoßhund in der Eisenbahn

Rechtsfall aus dem Bürgerlichen Recht und Strafrecht für Anfänger.

In einem Abteil 2. Klasse des D-Zuges München—Berlin sitzen ein junger Oberleutnant, Träger des Ritterkreuzes, eine alte Dame mit ihrem Schoßhund, eine junge Mutter mit einem etwa 6-jährigen Kind und noch mehrere andere Reisende. Im Verlauf der Fahrt bittet das kleine Mädchen seine Mutter um etwas zum Essen. Die Mutter hat aber nichts und vertröstet das Kind auf das Ende der Fahrt. Kurze Zeit darauf packt die alte Dame eine Schachtel Pralinen, die sie ordnungsgemäß als Sonderzuteilung gekauft hat, aus, und beginnt damit ihren Schoßhund zu füttern. Die Augen des Kindes werden immer größer, als es sieht, daß eines der Pralinen nach dem anderen in der Schnauze des Hundes verschwindet. Die Herrin läßt sich jedoch hierdurch in keiner Weise beirren. Da wird es schließlich dem Ritterkreuzträger zu viel und er packt den Schoßhund und wirft ihn aus dem fahrenden Zug.

Wie ist die Rechtslage?

Kann die alte Dame Schadensersatzansprüche gegen den Ritterkreuzträger geltend machen oder hat sich dieser gar strafbar gemacht?

Gesetzestexte

§ 227 BGB:

(Notwehr.) Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

§ 228 BGB:

(Verteidigungsnotstand.) Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

§ 229 BGB:

(Selbsthilfe.) Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.

§ 254 BGB:

(Mitverschulden.) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

§ 823 BGB:

(Schuldhafte Verletzung ausschließlicher Rechte.) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(Verletzung eines Schutzgesetzes.) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz vrstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 826 BGB:

(Sittenwidrige Schädigung.) Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlichen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

§ 903 BGB:

(Befugnisse des Eigentümers.) Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.

§ 904 BGB:

(Angriffsnotstand.) Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

§ 303 StGB:

(Einfache Sachbeschädigung.) Wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

§ 360 Ziff. 11 StGB:

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

Ziff. 11: (Lärm, grober Unfug) wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt.

§152 Abs. III StPO:

Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eines Beteiligten eintritt, kann der Staatsanwalt, auch wenn der Strafantrag gestellt ist, von der Verfolgung absehen, wenn ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung nicht besteht.

Ehescheidung von Volksdeutschen fremder Staatsangehörigkeit

Im 16. Rundbrief hatten wir einen Beitrag von Professor de Boor aus den Leipziger Feldrundbriefen abgedruckt, der folgenden Fall aus dem internationalen Ehescheidungsrecht behandelte:

> „Die früheren jugoslawischen Staatsangehörigen, jetzt Staatenlosen A, B und C befinden sich in einem Lager für ausländische Arbeiter. A und B sind verheiratet, die Ehe ist aber nach früherem jugoslawischem Recht von Tisch und Bett geschieden. Der A und die C haben mehrere außereheliche Kinder. Sie streben die Ehe vor einem deutschen Standesbeamten an."

Professor de Boor kam hierbei zu dem Ergebnis, daß A und C nicht geholfen werden kann. Die Ehe von A und B gilt sowohl nach jugoslawischem wie nach deutschem Recht noch als fortbestehend, weil A dem Band nach mit der B noch verheiratet ist. A kann aber auch eine nach deutschem Recht gültige Ehescheidung seiner Ehe mit der B nicht erreichen, weil das Gesetz ihm aus guten Gründen die deutsche Gerichtsbarkeit dafür versagt

und vor allem der deutsche Scheidungsrichter nach Art. 17 Einführungsgesetz zum BGB [1]) auf diese Ehe nicht deutsches, sondern jugoslawisches Scheidungsrecht anwenden müßte.

Hierzu erhalten wir folgende Zuschrift eines Kameraden:

Der Fall von Professor de Boor gibt mir Anlaß zu folgender Frage: Wie verhält es sich, wenn A, B und C, Volksdeutsche jugoslawischer Staatsangehörigkeit sind? Dieser Fall ist durchaus denkbar.

Da ich mich gerade in diesem Raume befinde und das Land und die Leute kennengelernt und dabei festgestellt habe, daß es hier viele Volksdeutsche gibt, beschäftigt mich diese Frage. Ich stehe dazu auf dem Standpunkt, daß in diesem Falle ein deutsches Gericht zuständig sein muß und der Richter nach deutschem, nicht nach fremdem Recht zu entscheiden hat.

Meine Begründung ist folgende: Volksdeutsche im Ausland sind ein wertvoller Bestandteil des deutschen Volkstums, sie haben trotz größter Schwierigkeiten in der Mehrzahl ihre deutsche Gesinnung nicht verleugnet. Ja, auch der Führer fordert den Zusammenschluß aller geschlossen siedelnden Deutschen zu einem Großdeutschland. Also besteht doch kein Grund, sie zu verstoßen, wenn sie das deutsche Gericht anrufen. Nun sind sie zwar jugoslawische Staatsbürger, und man müßte nach fremdem Recht entscheiden. Doch an erster Stelle sind sie für uns Volksdeutsche, und für sie ist das deutsche Recht artgemäßer als ein fremdes Recht.

Ist Art. 17 des internationalen Privatrechts noch angebracht in diesem Falle? Dient Art. 17 in diesem Falle dem deutschen Volke? Ich glaube nein — und doch ist dies entscheidend!

Auf diese Frage erhielten wir folgende Antwort von Prof. de Boor zur Verfügung gestellt:

In dem Feldpostrundbrief der Berliner Fakultät Nr. 16 hatte ich dargelegt, daß Angehörige eines Auslandsstaates, die sich in Deutschland aufhalten, nicht nach deutschem Recht geschieden werden können, weil Art. 17

---

[1]) Art. 17 EGBGB. Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.

Eine Tatsache, die sich ereignet hat, während der Mann einem anderen Staate angehörte, kann als Scheidungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn die Tatsache auch nach den Gesetzen dieses Staates ein Scheidungsgrund oder ein Trennungsgrund ist.

Für die Scheidungsklage der Frau sind die deutschen Gesetze auch dann maßgebend, wenn in dem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung ergeht, nur die Frau die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, wird in diesem Falle die Ehe geschieden, so ist auf Antrag des Mannes die Frau für schuldig zu erklären, wenn der Antrag nach deutschem Recht begründet wäre.

Auf Scheidung kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde.

EG z. BGB grundsätzlich das Recht des Staates für anwendbar erklärt, dem der Mann zur Zeit der Scheidungsklage angehört. Sie fragen, ob das auch gelten solle, wenn es sich um Volksdeutsche ausländischer Staatsangehörigkeit handelt, und meinen, das könne doch nicht so sein.

Die Frage ist sehr berechtigt, und dennoch ist die Antwort: auch in diesem Falle wäre Art. 17 anzuwenden. Das wird Sie enttäuschen. Denn Sie fragen: „Dient Art. 17 in diesem Falle dem deutschen Volke? Ich glaube nein, und doch ist dies entscheidend." Dieser Satz klingt zunächst überzeugend; und doch steckt gerade in ihm Ihr Fehler, und zwar — verzeihen Sie! — ein Fehler, den fast alle Anfänger machen. Es kommt nämlich nicht darauf an, was Sie oder ich glauben, sondern darauf, was das Gesetz befiehlt.

Es ist durchaus nicht so, als ob Art. 17 bloß ein Rückstand aus den Zeiten liberaler Gesetzgebung wäre, der sozusagen aus Versehen stehen geblieben ist. Er ist in den letzten Jahren mehrfach geändert worden, zuletzt durch die 4. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 25. 10. 1941. Es ist erst recht nicht so, als ob der deutsche Gesetzgeber die Volksdeutschen ausländischer Staatsangehörigkeit vergessen hätte. Es gibt mancherlei Staatsverträge, welche die deutschen Volksgruppen als solche zu schützen bestimmt sind und auch die Stellung des einzelnen Volksdeutschen ist in unseren Gesetzen berücksichtigt, mitunter auch im Eherecht. So verbietet eine Verordnung vom 27. 4. 1942 die Ehe zwischen deutschen und russischen Staatsangehörigen für die besetzten Ostgebiete, aber nur, soweit letztere fremden Volkstums sind.

Aber die Regel, die Sie angewendet sehen möchten: nicht nur für deutsche Staatsangehörige, sondern auch für Volksdeutsche ausländischer Staatsangehörigkeit gilt deutsches Scheidungsrecht — diese Regel fehlt bislang in unserem Recht. Ob und wann sie eingeführt werden soll, das zu entscheiden steht allein der politischen Führung zu; das einzelne Gericht darf sie nicht vorausnehmen. Es ist in der Tat eine weittragende politische Entscheidung. Denn Sie sehen wohl selbst ohne weiteres, daß sie nicht auf die Volksgruppen aus dem ehemaligen Jugoslawien beschränkt werden dürfte, sondern allgemein lauten müßte, weil sonst den Volksdeutschen anderer Staatsangehörigkeit Unrecht geschähe. Vorher aber wäre zu bedenken, welche Rückwirkungen aus diesem Satz für unsere internationalen Beziehungen entstehen könnten, schon weil wir im internationalen Privatrecht immer zu vernünftiger Gegenseitigkeit bereit sein müssen. Es wären zahlreiche Staatsverträge durchzuprüfen und, wenn sie sich mit der neuen Regel unvereinbar fänden, zu lösen, ehe der Satz eingeführt werden könnte.

Wollte also ein Gericht diese Entscheidung vorwegnehmen, so wäre es etwa so, wie wenn bei einem Sturmangriff der einzelne Mann antreten wollte, wann es ihm gerade richtig scheint, statt den Befehl abzuwarten. Es kommt auf das hinaus, was ich schon in jenem Rundbrief sagte: Recht ist die Ordnung des völkischen Lebens um der Volksgemeinschaft willen. Wir Rechtswahrer haben es durchzuführen, auch wenn einmal im Einzel-

falle die Belange Einzelner zurücktreten müssen. Wollte der Richter immer nur so entscheiden, wie es ihm im Einzelfall billig erscheint, so wäre das Gesetz, das ein Lenkungsmittel der politischen Führung ist, als solches überhaupt nicht mehr verwendbar. Es wäre keine Ordnung mehr zu halten.

Übrigens: der Fall, wie ich ihn damals zugrunde legte, stammte von einem fernbetreuten Kameraden der Leipziger Fakultät und dürfte sich genau so ereignet haben. Aber besteht irgendeine Wahrscheinlichkeit, daß die Sache sich ebenso abgespielt hätte, wenn die Beteiligten Volksdeutsche gewesen wären? Ich glaube kaum. Auch würde für einen Volksdeutschen, der sich dauernd im Reich aufhält, die Möglichkeit nahe liegen, die deutsche Staatsangehörigkeit zu erwerben. Er könnte sich dann nach deutschem Recht scheiden lassen, auch auf Grund von Vorgängen vor der Einbürgerung, vorausgesetzt nur, daß sie auch nach seinem früheren Recht einen Scheidungs- oder Trennungsgrund gebildet hätten, Art. 17 II. Solche Trennungsgründe kennen ja auch diejenigen Rechte, die noch auf dem Boden des kirchlichen Rechts stehen und deshalb eine eigentliche Scheidung dem Bande nach nicht zulassen. Das hätte vermutlich in unserem Falle durchaus genügt.

Freilich bleibt es dabei, daß für Volksdeutsche fremder Staatsangehörigkeit die Scheidung nach deutschem Recht in vielen Fällen — freilich nicht in allen — recht erwünscht sein könnte. Insofern war, wie gesagt, Ihre Frage an sich sehr berechtigt.
